Die Rechtssetzung durch die Gemeinden im Kanton Schwyz

DISSERTATION

zur Erlangung der

Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg
in der Schweiz

von

Paul Schwander
Galgenen, Kt. Schwyz

Erster Referent: Herr Prof. Dr. W. Oswald

Zweiter Referent: Herr Prof. Dr. A. Favre

Lachen — Buchdruckerei A. Kessler, Gutenberg — 1947

Die Rechtssetzung durch die Gemeinden im Kanton Schwyz

DISSERTATION

zur Erlangung der

Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg
in der Schweiz

von

Paul Schwander

Galgenen, Kt. Schwyz

Erster Referent: Herr Prof. Dr. W. Oswald

Zweiter Referent: Herr Prof. Dr. A. Favre

Lachen — Buchdruckerei A. Kessler, Gutenberg — 1947

«Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen Stellung zu nehmen.» (Fakultätsbeschluss vom 1. Juli 1916.)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538116_0029

Herrn Universitätsprofessor Dr. W. Oswald, Freiburg, möchte ich an dieser Stelle für die wohlwollende Förderung dieser Arbeit meinen Dank aussprechen. Besonders hervorheben und verdanken möchte ich ferner die Unterstützung, welche mir Herr Kanzleidirektor Dr. P. Reichlin, Schwyz, bereitwilligst und in grosszügiger Weise zu Teil werden liess, indem er mir die nötigen Unterlagen und Entscheide aus der kantonalen Administrativ-Praxis zugänglich machte; ich durfte von ihm auch manchen wertvollen Hinweis und Ratschlag entgegennehmen. Anerkennend möchte ich noch die Bezirks- und Gemeindekanzleien erwähnen, welche mir bei der Materialsammlung durch Zustellung der örtlichen Regulative und Verordnungen behilflich waren.

I. ABSCHNITT

1. Kapitel

Der Dualismus in der schwyzerischen Selbstverwaltung

Der Kanton Schwyz ist in seinem innern Aufbau den Weg einer eigenartigen Entwicklung gegangen. Die heutige Gestaltung der schwyzerischen Selbstverwaltung mit ihrem Dualismus von nebeneinander bestehenden autonomen Bezirken und Gemeinden erschiene unverständlich, wenn der geschichtliche Werdegang des schwyzerischen Staatswesens ausser Acht gelassen würde. Der folgende Ueberblick will auf historischer Basis summarisch das behandeln, was zum Verständnis der gegenwärtigen Gemeindekonstituierung notwendig ist.

I. Die Geschichte der Bezirke.

Die heutige Stellung der Bezirke ist das Ergebnis einer langen, zeitweise sehr bewegten Entwicklung. Das «altgefreite» Land Schwyz [1] beherrschte bis zur Zeit der französischen Revolution ausgedehnte Ländereien. Zu diesen abhängigen Landschaften gehörten auch die heutigen Bezirke March, Höfe, Einsiedeln und Küssnacht [2], welche sich als unmittelbare Nachbarorte relativ grosser Freiheiten erfreuten; die entfernteren Gebiete standen in einem viel strafferen Untertanenverhältnis. Im allgemeinen war das Einvernehmen zwischen Innerschwyz, das bis zur Neuzeit den eigentlichen Staat verkörperte, und den an-

---

1) Es umfasste ungefähr den heutigen Bezirk Schwyz.
2) Nicht zu den angehörigen Landschaften zählte Gersau, das bis zur Helvetik ausserhalb der Landeshoheit von Schwyz ein selbständiges Sonderdasein führte.

grenzenden abhängigen Orten jahrhundertelang ein gutes. Erst unter dem Einfluss der Freiheitsströmungen der französischen Revolution setzten in den äussern Landschaften Bestrebungen ein, welche die Gleichstellung zu erreichen suchten. 1789 verlangte die March, welche in der Unabhängigkeitsbewegung die treibende Kraft war, die vollständige Entlassung aus dem schwyzerischen Staatsverband [3]).

Um einen drohenden Bruch und die endgültige Loslösung unmittelbar vor dem Kampfe gegen die französische Fremdherrschaft zu vermeiden, musste schliesslich Schwyz nach langem Weigern im Frühjahr 1798 eine formelle Freilassungserklärung an die äussern Orte abgeben [4]).

Es folgten die wenig beliebten Verfassungen der Helvetik und der Mediation, welche die Prinzipien der Gleichschaltung endgültig einzubürgern schienen.

Nach der Aufhebung der Vermittlungsakte jedoch sahen sich die äussern Bezirke veranlasst, den Kampf um die Gleichberechtigung erneut aufzunehmen. Schwyz versuchte mit allen Mitteln, die führende Stellung wieder im früheren Masse zu gewinnen. Tatsächlich vermochte das innere Land für die Zeit der Regeneration die Führung im Kanton erneut an sich zu ziehen [5]). Die trennenden Gegensätze und Zwistigkeiten zwischen Inner- und Ausserschwyz, welche mehrmals in bewaffnete Konflikte auszuarten drohten, konnten, nachdem es 1832 zum offenen Bruch gekommen war [6]), auch durch die Verfassung von 1833, die den äusseren Bezirken formell die Gleichstellung brachte, nicht beigelegt werden [7]). Nach Beendigung des Sonderbundkrieges endlich trat mit der Verfassung von 1848 eine gewisse Beruhigung und Stabilisierung ein.

Die Verfassung von 1848 brachte eine völlige rechtliche Gleichstellung der Bezirke. In § 20 der Konstitution wurde die Autonomie der Bezirke umschrieben, und die §§ 111—147 bestimmten deren Organisation und den Aufgabenkreis. Die späteren Verfassungsrevisionen brachten keine wesentlichen Aenderungen in der Stellung der Bezirke zum Kanton, wohl aber im Verhältnis der Bezirke zu den Gemeinden. Die bereits in der Verfassung von 1848 erfolgten Einschränkungen der Bezirksherrlichkeit wurden schrittweise ausgedehnt.

---

3) Hüsser 16.
4) Hüsser 14 ff., Sidler 15 f., Steinauer I 136 und 151.
5) So wählte Schwyz zwei Drittel der Mitglieder in den Landrat, während die äusseren Bezirke, welche gesamthaft die grössere Bevölkerungszahl aufwiesen als das alte Land, nur einen knappen Drittel der Sitze zugesprochen erhielten. Im Appellationsgericht hatte Schwyz 6 von 11 Sitzen inne.
6) Der Halbkanton «Schwyz äusseres Land» erhielt provisorisch die eidgenössische Anerkennung. Camenzind 80 ff., Hüsser 60 ff., Steinauer II 177 ff.
7) s. Hüsser 96 ff.: Der «Hörner- und Klauenstreit».

II. Die geschichtliche Entwicklung der Gemeinden.

1. Allgemeines.

«Jede Gemeinde hat eine Kirchgemeinde». Mit dieser Bestimmung der Verfassung von 1848 (§ 163) wurden die schwyzerischen Gemeinden konstituiert. Vor 1848 war die Organisation des Kommunalwesens von Bezirk zu Bezirk verschieden. Die Bezirke erschienen der Regierung von Schwyz gegenüber allein als geschlossene Gemeinwesen; um ihren innern Aufbau kümmerte sich der Kanton nicht. In diesem Verhältnis des alten freien Landes Schwyz zu den äusseren Bezirken als zugehörige Landschaften ist der Grund dafür zu suchen, dass Aufgaben, welche in den andern Kantonen in den Kompetenzbereich der Gemeinde fallen, bei uns bis Mitte des vorigen Jahrhunderts Bezirksangelegenheiten waren und teilweise heute noch sind.

Die alte Selbstherrlichkeit der Bezirke will freilich nicht besagen, es habe bis zur Neuzeit ein völlig gemeindeloser Zustand geherrscht. Es bestanden wohl Gemeinden und ähnliche Körperschaften. Doch konnte sich ihr Bestand nirgends auf gesetzliche Grundlage berufen, und es kam ihnen nur geringe und teilweise überhaupt keine politische Bedeutung zu. Während in den andern Kantonen mit der Zuweisung der Armenfürsorge an die bestehenden Kirchgemeinden diese bereits im 16. Jahrhundert mit öffentlichen Aufgaben betraut wurden [8]), war im Kanton Schwyz für Selbstverwaltungskörper auf der Stufe der Gemeinden kein oder nur wenig Platz zur Besorgung öffentlicher Angelegenheiten.

---

8) Mit der Bettelordnung vom 20. September 1551 legte die Tagsatzung einen wichtigen Grundstein für das Gemeindewesen. Nach dieser Verordnung sollte jede Pfarrgemeinde oder Nutzungsgenossenschaft ihre eigenen Armen selbst unterhalten. Im Kanton Schwyz kümmerte man sich wenig um diese Regelung. Indessen wurde 1671 die obligatorische Verwandtenunterstützung beschlossen. Bedeutendes leisteten auf dem Gebiet der freiwilligen Armenpflege private und religiöse Wohltätigkeitsorganisationen, während die Unterstützung bedürftiger Leute durch die Bezirke, welche diese Last im Kt. Schwyz anstelle der Gemeinden übernehmen mussten, ungenügend war. Erst 1808 beschloss der Landrat, die Armenunterstützung sei Gemeindesache. Es blieb allerdings beim Beschluss und der Strassenbettel blühte, obschon grundsätzlich untersagt, weiterhin. Die zentrale Regierung in Schwyz musste sich selber mit der Armenfürsorge befassen; zur Beschaffung der nötigen Mittel zu diesem Zweck veranlasste sie die Veranstaltung besonderer Lotterien. Das Gesetz für die Bezirksräte von 1835 stellte das Armenwesen erneut in den Kreis der Bezirksaufgaben und erst die Verfassung von 1848 machte es endgültig zur Gemeindeangelegenheit.

Aus dem Wortlaut von § 163 der Verfassung von 1848 [9]) geht hervor, dass der Gesetzgeber sich bei der Schaffung der Gemeinden die vorhandenen Zustände zu Nutze machte, indem er die bestehenden «Kirchhören» zu politischen Gemeinden erhob [10]).

2. Die Gemeindeorganisation in den einzelnen Bezirken vor 1848.

Zum Verständnis der Eigenart der schwyzerischen Verhältnisse ist nachfolgend ein kurzer Einblick in die früher von Bezirk zu Bezirk wechselnde innere Administrativorganisation unerlässlich.

a) Schwyz war auf dem Gebiet der innern Angelegenheiten seit jeher zentralistisch [11]). Für die Entwicklung von Körperschaften zu autonomen Selbstverwaltungsgebilden war der Boden des altgefreiten Landes denkbar ungeeignet.

Die Bewohner des Tales von Schwyz bildeten bereits im 12. Jahrhundert einen organisierten Verband mit weitgehender Selbstbestimmung [12]). Durch die Mark mit dem gemeinsamen Anteil an den Allmenden wurden die Schwyzer zusammengehalten [13]). Die Leitung der Markgenossenschaft oblag nach innen und nach aussen der Landsgemeinde [14]), welche als die in gesetzgeberischer und administrativer Hinsicht allein kompetente Behörde die Erledigung aller öffentlichen Aufgaben für das ganze Gebiet ohne Rücksicht auf lokale Selbstbestimmungsgelüste für sich an Anspruch nahm. Auch als die tatsächliche Regierung zeitweise in die Machtsphäre einiger weniger angesehener Geschlechter gerückt war [15]), wussten die gewiegten Politiker der herrschenden Familien jede separatistische Zersplitterung zu verhindern. Alle Angelegenheiten, soweit sie nach damaligen Begriffen solche des Gemeinwesens waren, wurden von zentraler Stelle aus besorgt. Staat, Bezirk und Gemeinde fielen in Schwyz zusammen. Schliesslich vermochte weder die fehlende wirtschaftliche Einheit [16]), noch das Auftreten politisch bedeutungsloser Kirchhören [17]) an der altherkömmlichen Struktur etwas zu ändern.

---

[9]) «Jede Gemeinde hat eine Kirchgemeinde, bestehend aus allen stimmfähigen Kantonsbürgern, welche in der Gemeinde wohnen.»

[10]) Daran erinnert heute noch die Bezeichnung «Kirchgemeinde», welche gleichbedeutend ist mit dem Ausdruck «Gemeindeversammlung». (S. § 25 III lit. a KV und die Ueberschrift über § 90 KV.)

[11]) Vgl. Sidler 30.

[12]) Legras H., Grundriss der schweizerischen Rechtsgeschichte, 1935 68.

[13]) Oechsli 213.

[14]) Oechsli 214.

[15]) Steinauer I 8.

[16]) Arth, das eine eigene Allmend hatte.

[17]) Anfänglich besass Schwyz eine einzige Kirche. In der Zeit vom 12. bis 19. Jahrhundert lösten sich 12 Pfarreien von der Mutterkirche los.

b) Das Gegenstück zu Schwyz bildete die March, welche zwischen 1386 und 1458 [18]) stückweise in geraumen zeitlichen Abständen unter die Herrschaft des alten Landes kam. Eine wirtschaftliche und kirchliche Einheit bestand in dieser Landschaft nie und die politische ist das Werk künstlicher Zusammenfügung. Der Bezirk war in Kirchgemeinden eingeteilt, welche zum Teil älter waren als dieser selbst. Sie hatten schon früh ihre besonderen Behörden und trugen überhaupt den Charakter von Selbstverwaltungskörpern [19]). Einzelne Gemeinden wiesen bereits im 14. und 15. Jahrhundert bedeutsame Erlasse der Lokalgesetzgebung auf [20]).

Das Gebiet dieser Kirchgemeinden deckt sich häufig nicht mit dem der verschiedenen Nutzungsgenossenschaften, deren Einkünfte ähnlich wie in Schwyz gemeinnützige Verwendung fanden [21]). Diese Genossamen haben ihre wirtschaftliche Bedeutung bis heute nicht verloren, sie mussten aber in staatsrechtlicher Hinsicht den Vorrang den politisch lebensfähigeren Kirchgemeinden überlassen.

Diese selbständige Stellung der Genossamen und Kirchgemeinden war möglich infolge der fehlenden Schranken einer allumfassenden Markgenossenschaft.

c) Als die zerrissenste Landschaft erscheint in der Geschichte die Höfe, deren Eroberung durch Schwyz ins Jahr 1414 fällt. Die Höfe zerfiel bis 1848 in zwei voneinander getrennte Bezirke, in den Hof Wollerau und in den Hof Pfäffikon [23]). 1493 trat Feusisberg als selbständige Pfarrei auf [24]). Die Helvetik und definitiv erst die Verfassung von 1848 errichtete das einigende Dach über den heutigen Dreigemeindebezirk.

d) Während sich in Schwyz, in der March und in der Höfe zahlreiche selbständige Pfarreien herausbildeten, bestand in Einsiedeln, Gersau und Küssnacht seit jeher eine einzige selbständige Kirche, die sich als solche erhalten konnte.

Stets auf den Bestand einer einzigen Pfarrei bedacht, verhinderte in Einsiedeln die Fürstabtei mit dem Kloster als Mutterkirche das Aufkommen selbständiger Kirchgemeinden [25]). Die sogenannten Schellengemeinden der Filialkapellen konnten sich nie zu Körperschaften mit autonomen Funktionen entwickeln [26]).

---

18) HbL V 21 und VI 298; Meyer von Knonau 18 f.; Steinauer I 36 ff.
19) Blumer II 346; Steinauer I 45 und 47.
20) Wangen hatte bereits 1400, Reichenburg um 1450 herum ein eigenes Hofrecht. Diese Hofrechte regelten in ziemlich eingehender Weise das Familien-, Erb- und Sachenrecht. S. Kothing M., Rechtsquellen der Bezirke 4, 338 ff., 360 ff.
21) Blumer II 346; Meyer von Knonau 110; Steinauer I 47.
23) HbL III 303, IV 256, VII 291; Hüsser 96; Steinauer I 66.
24) HbL III 150.
25) HbL III 11; Meyer von Knonau 267.
26) Meyer von Knonau 249; Steinauer I 59 und II 183.

e) Der Bezirk Küssnacht bildete, als er 1402 von Schwyz erobert wurde, keine einheitliche Markgemeinde. Es fehlte ursprünglich die wirtschaftliche und die politische Einheit [27]). Letztere wurde hier durch die Kirche geschaffen, indem sie eine mehrere Markgenossenschaften umfassende Pfarrei mit drei Filialkapellen gründete [28]). Somit war eine Organisation getroffen, aus der Küssnacht später als Eingemeindebezirk hervorging.

f) Einfacher liegen die Verhältnisse in Gersau, das durch die besondere geographische Lage zu einer administrativen Einheit prädestiniert ist. Bei seiner geringen Ausdehnung kam eine Aufteilung des Ländchens nie in Frage.

3. Die einheitliche Regelung des Gemeindewesens für das ganze Kantonsgebiet.

Die bunte Mannigfaltigkeit der schwyzerischen Gemeindegestaltung wurde durch die Helvetik, welche der ganzen Schweiz ein gleichförmiges Gemeindegesetz bescherte [29]), nur vorübergehend beseitigt. Nach Aufhebung der Einheitsverfassung wurde die altherkömmliche Ordnung wieder eingeführt.

Die kantonale Verfassung von 1833, welche den äusseren Bezirken die Gleichstellung brachte, trat mit dem Art. 149 erstmals als volkseigene Konstitution an das Gemeindeproblem heran: «Die Organisation der Gemeindebehörden, sowie die Befugnisse derselben, wird das Gesetz bestimmen.» Dieses angekündigte Gesetz über die Gemeindeorganisation gedieh nur bis zum Entwurfsstadium, und die gesetzgebende Behörde beschloss, es seien in jedem Bezirk die inneren Einrichtungen nach eigenen Bedürfnissen zu ordnen [30]).

Die Verfassung von 1848 endlich brachte die rechtliche Anerkennung der Gemeinden, sowie die Festlegung ihrer Organisation und ihrer Aufgaben. Diese Regelung war durch das unabweisliche Bedürfnis verwaltungsorganisatorischer Zweckmässigkeit hervorgerufen worden.

4. Das Prinzip der Einheitsgemeinde.

Gemäss Art. 163 der Verfassung von 1848 [31]) setzten sich die Gemeinden ausschliesslich aus den in ihrem Gebiet wohnenden Kantonsbürgern zusammen. Als später die Bundesverfassung von 1874 das Stimmrecht in kommunalen Angelegenheiten den Niedergelassenen

---

27) Steinauer I 79.
28) Meyer von Knonau 281.
29) Schollenberger I 309; Verwaltungskurse VI 36.
30) Simon 35; Wirth 120.
31) S. vorgängig Anm. 9.

einräumte, traten an die Stelle der schwyzerischen Bürgergemeinden die Einwohnergemeinden. Die ersteren wurden gänzlich eliminiert, während die letztern die Besorgung sämtlicher Gemeindeaufgaben übernahmen. Diese Form der Einheitsgemeinde [32]) ist die normale Gemeindeart in der schwyzerischen Selbstverwaltung geblieben, wenn auch die grundsätzliche Regelung im Jahre 1898 durch Neugestaltung des Art. 92 KV eine Abweichung von der ursprünglichen Ausschliesslichkeit erfuhr. Danach wurde die Bildung römisch-katholischer, von den politischen Gemeinden getrennter Kirchgemeinden als fakultative neue Organisationsmöglichkeit eingeführt [33]). Gestützt auf diese Bestimmung haben sich bis heute 5 von den 30 Gemeinden ihres Einheitscharakters entledigt [34]). — Erwähnt sei als weitere Abweichung vom Einheitlichkeitsprinzip noch die selbständige Pfarr- und Schulgemeinde Nuolen [35]). Diese Ausnahmeerscheinung verdankt ihre Entstehung besondern geographischen und geschichtlichen Faktoren [36]).

III. Die Stellung der Bezirke und Gemeinden zueinander.

1. Die Verschiedenheit zwischen den Bezirken mit einer und denen mit mehreren Gemeinden.

Die Doppelspurigkeit Bezirk-Gemeinde ist nur für die Bezirke mit mehreren Gemeinden von problematischer Bedeutung, also für Schwyz, die March und die Höfe. In den drei Bezirken Einsiedeln, Küssnacht und Gersau, deren Territorien mit dem Gebiet je einer Gemeinde zusammenfallen, treten die Kompetenzfragen, wie sie infolge des Dualismus der Selbstverwaltung in den drei erstgenannten Bezirken bestehen, nicht in Erscheinung. Die §§ 95 und 100 KV bestimmen, dass bei

---

32) Vgl. Schollenberger I 319; Walthard 98 ff.; Verwaltungskurse VI 95 f. — Die ausnahmslose Befolgung des Prinzips der Einheitsgemeinde finden wir heute nur noch im Kt. Genf. Die Verfassung der Kantone Uri und Wallis sieht, ähnlich wie die schwyzerische, fakultative Ausscheidungsmöglichkeiten vor. In allen übrigen Kantonen bestehen neben den politischen Gemeinden Kirchen-, Schul-, Bürger- und andere Sondergemeinden.

33) Die selbständigen Kirchgemeinden sind in beschränktem Umfang auch zur selbständigen Rechtssetzung kompetent. S. unten 3. Kapitel Anm. 86.

34) S. SRB 166.

35) § 23 Abs. 3 KV (SRB 7).

36) S. HbL V 315. Nuolen wurde in den Urkunden früherer Jahrhunderte als selbständiges Gemeinwesen genannt. Die Verfassung von 1848 anerkannte das Dörfchen am obern Zürichsee nicht als eigene Gemeinde. In Anbetracht seiner besondern Stellung wurde ihm jedoch eine gewisse Selbständigkeit zugesprochen, die weiter geht, als die Bezeichnung «Pfarr- und Schulgemeinde» vermuten liesse. S. unten 3. Kapitel Anm. 73. — Vgl. auch RRB Nr. 2927 vom 17. Dezember 1943 (Genehmigung der Feuerpolizeiverordnung von Nuolen).

den Eingemeindebezirken die Gemeinde- und die Bezirksversammlung, sowie der Gemeinde- und der Bezirksrat identisch sind. Neben dieser Unität der Verwaltung besteht auch eine Einheit des Vermögens.

Die nachfolgenden Auseinandersetzungen, welche sich mit der Divergenz zwischen Gemeinde- und Bezirksgewalt und mit der Kompetenzabgrenzung der beiden Körperschaften befassen, haben also ausschliesslich in den Bezirken mit mehreren Gemeinden Bedeutung.

2. Das Verhältnis Gemeinde - Bezirk im Wandel der Zeit.

a) Der Zustand vor 1848.

Bis 1848 war die Besorgung der öffentlichen Lokalangelegentheiten ausschliesslich oder doch zur Hauptsache Aufgabe der Bezirke. Die Verschiedenheit in der innern Struktur der damaligen Bezirke ist bereits oben kurz dargestellt worden. Es kann hier nicht weiter darauf eingetreten werden.

b) Die einheitliche Regelung von 1848.

aa) Die Stellung der Bezirke und Gemeinden in der kantonalen Verwaltungshierarchie.

Aus der Neuordnung von 1848 waren die Bezirke trotz mannigfacher Eindämmung ihrer früheren Kompetenzen als starke Mittelorgane zwischen Kanton und Gemeinden hervorgegangen. Dagegen mussten sich die Gemeinden mit der Zuteilung eines engen Funktionskreises bescheiden. In der Hierarchie Kanton-Bezirk-Gemeinde, wie sie 1848 konstituiert war, nahmen die Gemeinden nicht nur territorial, sondern auch bezüglich der rechtlichen Stellung die unterste Rangstufe ein. Aehnlich wie der Kanton über den Bezirken stand, waren diese ihrerseits den Gemeinden übergeordnet. Die Ueberwachung der Bezirksverwaltung durch den Regierungsrat hatte ein Analogen in der Beaufsichtigung der Gemeindetätigkeit durch den Bezirksrat. Die Verhandlungen der Gemeindeversammlung konnten durch den Bezirksrat kassiert werden [37]). Die Gemeinden waren der Bezirksaufsicht unterstellt [38]); von einer direkten Aufsicht des Kantons über die Kommunalverwaltung war in der Verfassung von 1848 nirgends die Rede [39]). Nach

---

[37]) § 134 KV von 1848.

[38]) §§ 132 und 133 KV von 1848.

[39]) Trotzdem gaben die §§ 11 lit. e und 13 lit. b der Geschäftsordnung für den Regierungsrat von 1849 einzelnen Departementen direkte Aufsichtskompetenzen über die Vermögensverwaltung und die Armenpflege der Gemeinden. Ob der Erlass dieser Bestimmungen auf dem Verordnungsweg rechtlich einwandfrei war, kann hier weiter nicht untersucht werden. M. E. harmonieren sie schwerlich mit den §§ 132 und 133 der KV von 1848. Eine Ueberwachung der Gemeinden durch den Regierungsrat wäre, wenn ich recht sehe, nach der KV von 1848 nur auf dem Umweg der regierungsrätlichen Oberaufsicht über die Bezirke möglich gewesen (§§ 83 und 84 KV von 1848).

wie vor waren die Bezirke die Grundträger aller politischen Organisation geblieben; dies geht schon daraus hervor, dass die Gesetzgebung von 1848 nur das Bezirksbürgerrecht als Grundlage des Kantonsbürgerrechts erwähnte [40]).

bb) Die funktionelle Zuständigkeit der Gemeinden und Bezirke.

Bei der Gleichförmiggestaltung der schwyzerischen Selbstverwaltung von 1848 wurde der Funktionskreis der beiden Selbstverwaltungskörper durch Verfassung und Gesetz umschrieben. Diese Zuständigkeitsregelung auf dem Enumertionswege bedeutete jedoch für die Gemeinden und Bezirke nicht dasselbe. Während die Umschreibung des Aufgabenkreises für erstere restriktiven Wert hatte, war die Aufzählung für die letztern keine abschliessende. Dies lässt sich anhand der historischen Entwicklung erklären.

Vor 1848 waren die Verhältnisse zweifelsohne so, dass einzig die Bezirke und nicht die Gemeinden sich selbst beliebig Aufgaben wählen konnten, dies natürlich nur soweit, als sie damit nicht gegen Erlasse der zentralen Regierung in Schwyz verstiessen. Dieses Recht der freien Wahl neuer Aufgaben wurde 1848 den Bezirken nicht genommen, und die Vermutung spricht für dessen Weiterbestand.

Anders liegen die Verhältnisse bei den Gemeinden. Die schwyzerischen Gemeinden sind mehrheitlich eine Schöpfung der Verfassung von 1848. Dort, wo sich bereits früher Gemeinden gebildet hatten, waren diese nur soweit zur Besorgung öffentlicher Aufgaben zuständig, als die Bezirke als übergeordnete Verbände dies zuliessen, denn nirgends konnte sich eine Gemeinde in ihrer Existenz auf eine gesetzliche Grundlage berufen. Die Bezirke ihrerseits waren zu sehr auf die Wahrung ihrer Machtstellung bedacht, als dass sie je den Gemeinden, soweit sie es überhaupt zu einer Bildung derselben kommen liessen, die allgemeine Befugnis zugestanden hätten, sich frei Aufgaben zur selbständigen Erledigung zu wählen. Da sich für die Gemeinden die Befugnis zur Besorgung von freigewählten Aufgaben weder aus Gesetz, noch aus Gewohnheitsrecht ableiten lässt, hat sich die Kommunalgewalt innert des Rahmens des gesetzlich umschriebenen Wirkungskreises zu halten, denn es steht den Gemeinden unmöglich das Recht zu, aus eigener Kraft administrativorganisatorische Aenderungen in der Weise zu treffen, dass sie ihren Aufgabenkreis ausdehnen.

---

40) In den Bezirken, welche mehrere Gemeinden umfassten, besassen die Bezirksbürger kein festes Gemeindebürgerrecht. Dessen ungeachtet wurde das auf dem Heimatprinzip beruhende Armenwesen den Gemeinden überbunden. Es ist naheliegend, dass diese unlogische Regelung den Keim zu den grössten Verwicklungen bildete. (Ueber diese verworrenen Verhältnisse s. Wirth II 121 ff.)

c) Der Zustand seit 1876.

aa) Die Verfassungsrevision von 1876.

Die Regelung von 1848 (starke Bezirkgewalt einerseits und kompetenzarme Gemeinden anderseits) musste mit der Zeit einer zweckmässigeren Neuordnung im Sinne einer Einschränkung der Bezirkskompetenzen zugunsten der Gemeinden rufen. Es war die Verfassungsrevision von 1876, welche die entsprechenden Aenderungen im Verhältnis der beiden Selbstverwaltungskörper brachte.

Die Kompetenzregelung, wie sie 1876 getroffen wurde, ist bis heute in den Grundzügen die gleiche geblieben, wenn auch seither schrittweise einzelne Kompetenzen aus dem früheren Wirkungsfeld der Bezirke in den Aufgabenkreis der Gemeinden übergegangen sind.

bb) Bezirk und Gemeinde als rechtlich gleichrangige Körperschaften.

Als für das Verhältnis Bezirk - Gemeinde wichtigste Aenderung von 1876 ist hervorzuheben, dass die vormalige Bezirksaufsicht über die Kommunalverwaltung beseitigt wurde. Aus dem Verhältnis der Ueber- und Unterordnung wurde ein solches der Gleichordnung. Die Behauptung, die Bezirke besässen heute noch Aufsichtsfunktionen über die Gemeinden [41]), widerspricht dem tatsächlichen rechtlichen Zustand. Der Verfassungsgesetzgeber von 1876 entfremdete dem Zuständigkeitskreis der Bezirksgewalt absichtlich jede Aufsicht über die Gemeindetätigkeit, indem er die Kommunalverwaltung direkt der Kantonsaufsicht unterstellte. Die grössere räumliche Ausdehnung des Geltungskreises der Bezirksgewalt und die Gültigkeit ihrer Anordnungen für das Gebiet mehrerer Gemeinden berechtigen keineswegs dazu, daraus eine rechtlich grössere Stärke abzuleiten. Heute sind Bezirk und Gemeinde beide in gleicher Weise direkt dem Kanton unterstellt.

Als bedeutsame Neuerung von 1876 ist noch die Einführung des Gemeindebürgerrechts zu erwähnen.

cc) Der Aufgabenkreis der Gemeinden.

Wohl wurde anlässlich der Revision von 1876 der Wirkungskreis der Kommunalverwaltung weitgehend ausgedehnt, doch ging der Verfassungsgesetzgeber nicht so weit, dass er den Gemeinden allgemein das Recht zur Besorgung beliebiger Lokalangelegenheiten zugestanden hätte. Die Gemeindeaufgaben sind auch seit 1876, wie dies bereits 1848 der Fall war, einzeln in speziellen Bestimmungen der Verfassung und Gesetzgebund angeführt, wobei diese Normierung im oben angeführten Sinn [42]) restriktiv zu interpretieren ist. Die Gemeinden sind nicht zuständig, beliebig freigewählte Lokalangelegenheiten zu besorgen.

Die Beschränkung der Bewegungsfreiheit der Gemeinden auf den gesetzlich umschriebenen Kompetenzbereich scheint jedoch an einzel-

---

[41]) So Giacometti 86.
[42]) Vorgängig lit. a, bb.

nen Orten, besonders in den finanzstärkeren Talgemeinden, als allzu hemmend empfunden zu werden. Es kommt tatsächlich hier und dort vor, dass unter Berufung auf die vermögensrechtliche Autonomie, welche den Gemeinden «die Befugnis, die Art und Weise der Benützung und Verwaltung ihrer Güter selbst zu bestimmen» [43]), garantiert, Aufgaben in Angriff genommen werden, zu deren Durchführung kein positivrechtlicher Erlass die Gemeinden ermächtigt. Es stellt sich die Frage, ob nicht eventuell hier ein Gewohnheitsrecht im Entstehen begriffen ist. Immerhin ist festzuhalten, dass selbst dann, wenn man auf gewohnheitsrechtlicher Basis die Befugnis der Gemeinden zur Uebernahme gewisser gesetzlich nicht vorgesehener Verwaltungsangelegenheiten rechtfertigen und anerkennen wollte, damit keinesfalls die Kompetenz der Gemeinden zu freigewählter rechtssetzender Tätigkeit gegeben ist.

dd) Die Zuständigkeit der Bezirke.

Die Untersuchung der Frage, ob die Enumeration der in Verfassung und Gesetz genannten Bezirkskompetenzen seit der Revision von 1876 abschliessenden Charakter habe oder nicht, kann hier, da sie das eigentliche Thema dieser Arbeit bloss streift, nur summarisch behandelt werden.

Es ist davon auszugehen, dass das altherkömmliche Recht der Bezirke, sich frei öffentliche Aufgaben zu wählen, nie widerrufen worden ist. Die Judikatur weist im Gegenteil wiederholt darauf hin [44]), dass die Bezirksaufgaben in der Gesetzgebung nicht abschliessend aufgezählt sind.

Praktisch sind jedoch die Bezirke in ihrer freien Tätigkeit weitgehend gehemmt. Sie sind, wie übrigens auch die Gemeinden, der Bestimmung unterworfen, dass aussergewöhnliche Ausgaben nur dann vorgenommen werden dürfen, wenn die Mittel zu deren Deckung nachgewiesen werden. Infolge der Zweckgebundenheit des grössten Teils des Bezirksvermögens und der Bezirkseinkünfte und bei der in den meisten Bezirken vorhandenen erheblichen Schuldenlast lässt sich leicht ermessen, dass die Betätigungsfreiheit der Bezirke keineswegs als wirklich unbeschränkt gelten kann.

Was jedoch die Ausübung der Rechtssetzungsfunktion durch die Bezirke angeht, so wird das Erfordernis des Deckungsnachweises in diesem Gewaltensektor kaum hemmend wirken. Der Unterschied zwischen der Zuständigkeit der Bezirke gegenüber derjenigen der Gemeinden ist daher gerade auf dem Gebiet der rechtssetzenden Funktion sehr ausgeprägt.

---

43) KV § 13.
44) RBR 1907 147 ff.; 1923 128; 1929 39; 1930 27; ferner BGE 21 998 ff. Vgl. auch Inerbitzin 34.

ee) Die voraussichtliche Entwicklung des Verhältnisses Bezirk - Gemeinde in der nächsten Zukunft.

Die Evolution des schwyzerischen Selbstverwaltungswesens war während der letzten hundert Jahre gekennzeichnet durch eine dauernde Rivalität zwischen den Bezirken und den Gemeinden. Auf der einen Seite sind es die traditionsverbundenen Kräfte, welche mit zäher Beharrlichkeit für die Erhaltung der Rechte der alten Bezirke eintreten, und auf der andern Seite wird mit dem Hinweis auf die Vereinfachung der Verwaltung ein Abbau der Bezirkskompetenzen zu Gunsten der Gemeinden in Vorschlag gebracht. Dabei fehlen auch Stimmen nicht, die eine Beseitigung der Bezirke überhaupt verlangen. Mutmasslicherweise ist die Entwicklung, welche durch eine schrittweise Schmälerung der Bezirksbefugnisse gekennzeichnet ist, noch nicht abgeschlossen [45]). Immerhin lässt die allgemeine Tendenz heute eher eine Stabilisierung des gegenwärtigen Zustandes als neue umwälzende Verschiebungen erwarten.

ff) Argumente für und gegen den Weiterbestand der Bezirke als autonome Körperschaften [46]).

Die Forderung nach Uebertragung vermehrter oder aller Selbstverwaltungsfunktionen aus dem Bereich der Bezirkskompetenzen in den Aufgabenkreis der Gemeinden ist ein Postulat, für das verschiedene Gründe ins Feld geführt werden. Tatsächlich sind die schwyzerischen Bezirke nicht als die Schöpfung einer modernen Staatsverwaltung anzusprechen. Es muss zugegeben werden, dass ihre Aufhebung insofern nicht als besonders einschneidende Aenderung zu bewerten wäre, als es sich nicht um die Ausscheidung einer Zwischenstufe in der Verwaltungshierarchie, sondern nur um die Zusammenlegung einer Doppelspurigkeit handeln würde. Es wird auch bemerkt, die Bezirke verdankten ihre Weiterexistenz «dem Vorhandensein ansehnlicher Schulden», sie seien «überlebte Institutionen» und «staatsrechtliche Kuriositäten», deren Hauptdaseinszweck zu suchen sei in der Hütung «eines un-

---

45) Als neueres Beispiel dieser Verschiebungen ist der Entzug der Entscheidungskompetenz der Bezirksräte in Steuersachen zu erwähnen. SRB 617 (§ 26 ff.) und 620 (§ 44).

46) Wenn hier von der Aufhebung der Bezirke die Rede ist, hat man darunter ihre Beseitigung als Administrativkörperschaften zu verstehen und nicht ihre Beseitigung als Justiz-Distrikte. Die Opposition gegen den Bestand der Bezirksgerichte war nie sehr ausgeprägt, obschon m. E. gerade hier eine Neuregelung nötig wäre. Die kleinern Bezirke (z. B. Gersau mit einem Einzugsgebiet von 1800 Einwohnern) haben tatsächlich nicht immer eine genügende Auswahl geeigneter Funktionäre zur Bestellung des erstinstanzlichen Gerichts zur Verfügung. Der Vorschlag, es seien für den ganzen Kanton zwei erstinstanzliche Gerichtshöfe zu bilden, einer für Innerschwyz und einer für Ausserschwyz, dürfte nicht unbegründet sein.

scheinbaren Rests ihrer einstigen Selbstherrlichkeit, den zu wahren geradezu zu einer ‚originären Aufgabe' geworden ist» [47]).

Diese Darstellungen sind als einseitig und übertrieben zu werten. Es ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Bezirke heute noch in der Lage sind, Aufgaben durchzuführen, für deren Besorgung die Gemeinden zu schwach wären [48]). Wenn auch den Gemeinden die Möglichkeit offen steht, sich vertraglich zusammenzuschliessen, oder zur Erreichung eines Zwecks in privaten Kapitalgesellschaften mitzuwirken, so würden doch in der Praxis weder vertraglich zusammenstehende Gemeinden, noch sogenannte gemischtwirtschaftliche Unternehmungen die Lücke ausfüllen können und wollen, welche durch das Verschwinden der Bezirke entstünde. Wer sich in den lokal-schwyzerischen Verhältnissen auskennt, wird dies zugeben müssen [49]). Im traditionsverbundenen Volk der Bezirke lebt als Erbstück einer nicht weit zurückliegenden Vergangenheit ein starker Gemeinschaftsgeist weiter [50]), der die Bezirke weiterhin zur Ausführung von im Interesse des Gesamtwohls stehenden Funktionen befähigt, welche von andern Körperschaften kaum an die Hand genommen würden. Auf alle Fälle bestehen die Bezirke nach wie vor, und es ist nicht anzunehmen, dass das schwyzerische Staatsvolk, dem allein schliesslich in dieser Angelegenheit der Entscheid zusteht, dazu neigt, in nächster Zeit die gegenwärtige Struktur des Kantons aufzugeben.

---

47) Simon 91 f. und 116.

48) So ist das Strassenwesen, welches eigentlich Obliegenheit der Gemeinden wäre, weitgehend tatsächlich Befugnis und Last der Bezirke geblieben, trotz gegenteiliger gesetzlicher Normierung, weil manche Gemeinden nicht in der Lage sind, dieser Aufgabe einigermassen gerecht zu werden (s. Sidler 153 ff.). Als weiteres Beispiel ist die Gründung des Bezirksspitals March zu erwähnen, welche als eine bedeutende soziale Tat zu werten ist (s. Sidler 58). Schliesslich ist noch auf die Errichtung eines Elektrizitätswerkes Höfe hinzuweisen.

49) Vgl. Sidler 58.

50) Der Schwyzer fühlt sich als Bürger des Bezirks genau so, wie als solcher des Kantons und der Gemeinde. (Er hat vier Bürgerrechte: das Gemeinde-, Bezirks-, Kantons- und Schweizerbürgerrecht, KV § 77.)

2. Kapitel

Theoretisches und Terminologisches

Leider lässt die Terminologie in der Literatur des schweizerischen Verwaltungsrechts eine wünschbare Klarheit und Einheitlichkeit vermissen [1]). Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, wird nachfolgend dargetan, wie hier einzelne Fachausdrücke, welche die Rechtssetzung der Gemeinden betreffen, verstanden werden.

I. Gemeinde, Selbstverwaltung, Autonomie.

1. Die Gemeinde:

a) Die positivrechtlichen Bestimmungen über das Gemeindewesen.

Begriffsbestimmende Festlegungen über das Gemeindewesen sind dem schwyzerischen Recht keine zu entnehmen, sodass für eine diesbezügliche Definition auf die allgemeinen Lehren abzustellen ist.

§ 32 KV enthält lediglich die namentliche Aufzählung der 30 Gemeinden. Die §§ 90 ff. KV regeln sodann die Organisation derselben und die Kompetenzen der Gemeindeorgane. Von besonderer Wichtigkeit für das Kommunalwesen ist ferner das Gesetz über die Verwaltung der Gemeinde- und Bezirksgüter vom 13. Februar 1906 und die

---

[1]) Es gibt verschiedene Gründe für diese Diskrepanz in der Begriffserklärung:
a) Das Verwaltungsrecht ist ein relativ junger, noch nicht in allen Fragen einhellig abgeklärter Zweig der juristischen Lehre.
b) Der übereinstimmende Gebrauch und die gleichförmige Auslegung gewisser Ausdrücke und Bezeichnungen wird dadurch erschwert, dass neben der eidgenössischen Verwaltung auch kantonale und autonome Nebenverwaltungen bestehen, welche bisweilen nicht ungern ihre Selbstherrlichkeit auch durch «autonome Fachausdrücke» hervorstreichen.
c) Die Uebernahme der im deutschen Recht für gewisse Einrichtungen bestehenden Ausdrücke für ähnliche Erscheinungen in der Schweiz trägt vielfach die Schuld daran, dass durch diese Uebertragung nur teilweise passender Bezeichnungen die Klarheit des juristischen Charakters verwischt wird.

Verordnung über den Kommunaluntersuch vom 31. März 1921. Weitere die Gemeinden betreffende Bestimmungen sind zerstreut in einzelnen Gesetzen und Verordnungen zu suchen. Ein besonderes Gemeindegesetz, wie es in der Mehrzahl der Kantone besteht [2]), gibt es im Kanton Schwyz nicht.

b) Begriff und Wesen der Gemeinde.

Die Gemeinde ist eine Körperschaft und zwar eine öffentlichrechtliche [3]), da sie kraft öffentlichen Rechts zur Erfüllung publizistischer Aufgaben verpflichtet ist.

Was die Gemeinden vor andern öffentlichrechtlichen juristischen Personen auszeichnet, ist die Gebietshoheit, d. h. «die tatsächliche und rechtlich begründete Machtbefugnis eines mit einem Territorium ausgestatteten Gemeinwesens, über die in diesem letztern befindlichen Personen und Sachen durch Aufstellung bindender Vorschriften und durch Verwaltungshandlungen Herrschaftsrechte auszuüben» [4]). Wesentlich für den Begriff der Gebietskörperschaft ist also nicht nur der Umstand, dass die Rechtsordnung die Unterstellung unter die Verbandsgewalt von einer territorialen Tatsache abhängig macht, sondern ebensosehr die Ausstattung mit einer besondern Herrschaftsmacht, wie sie zum Beispiel die Polizeigewalt darstellt.

Wenn somit die Gemeinde als eine mit besonderer Herrschaftsmacht ausgestattete Gebietskörperschaft erkannt ist, stellt sich die Frage nach ihrem Unterscheidungsmerkmal vom Staat. Die Trias Volk, Gebiet und imperium ist sowohl für die Definition des Staates, als auch der Gemeinde grundlegend. In der Literatur finden sich die verschiedensten Erklärungsversuche, um den ohne Zweifel bestehenden Unterschied zwischen den beiden Gebilden festzulegen [5]). Es wird hier jener Lehrmeinung beigepflichtet, welche als qualitatives Unterscheidungs-

---

[2]) Keine Gemeindegesetze besitzen neben dem Kanton Schwyz die Kantone Uri, Obwalden, Nidwalden, Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh. und Graubünden, in welchen die grundsätzliche Struktur und Organisation der Gemeinden ebenfalls in der Verfassung normiert ist. In allen andern Kantonen bestehen besondere Gemeindegesetze.

[3]) Den Gemeinden kommt aber auch die juristische Persönlichkeit des Privatrechts im Sinne von Art. 52 ZGB zu.

[4]) Blumenstein 1.

[5]) Nach Rosin 291 liegt der Unterschied in einem Zweckmoment: Der Staat erfüllt nationale Aufgaben, die Gemeinde lokale. — Peters 56 und Laband I 67 ff. sprechen bei ihrer Unterscheidung dem Staat originäre und der Gemeinde abgeleitete Herrschaftsgewalt zu. Jellineck G., Staatslehre 440 ff. und Hirzel 59 sehen in der uneingeschränkten Selbständigkeit bei der Organisation das qualifizierende Merkmale des Staates. Schliesslich wird von einer Anzahl Autoren der Unterschied darin gesehen, dass der Staat im Gegensatz zur Gemeinde souverän ist: Hänel A., Deutsches Staatsrecht, in Bindings Handbuch, 5. Abt., 1. Teil (1887) 113 und 802; Mayer O., Verwaltungsrecht, 2. Aufl., II 642; Treitschke H., Politik, 4. Aufl. 1918, 35 ff.

merkmal zwischen Gemeinde und Staat die Souveränität sieht, ein staatsrechtliches Moment, das den Staat als obersten Gewaltträger charakterisiert. Der Staat allein verfügt über die Kompetenz, seine Zuständigkeit selbst zu bestimmen; keine andere Staatsgewalt kann ihn an dieser Funkion hindern. Demgegenüber hat die Gemeinde stets eine höhere Verbandsgewalt über sich. Während der Staat sich selbst organisiert, wird die Stellung und der Aufbau der Gemeinden mindestens in den Grundzügen vom Staat vorgeschrieben. Eine besonders in die Augen springende Verschiedenheit ist sodann die Stellung nach aussen, da nur der Staat und keinesfalls die Gemeinde als Völkerrechtssubjekt zu gelten hat.

Wenn der Unterschied zwischen Staat und Gemeinde so festgelegt wurde, dass jener eine souveräne, diese eine nicht souveräne Gebietskörperschaft darstellt, so muss dabei die Anerkennung der Kantone als souveräne Staaten vorausgesetzt werden; dies im Sinne der Theorie von der Teilung der Souveränitätsrechte [6]).

Analog diesem Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde ist im Kanton Schwyz auch dasjenige zwischen Kanton und Bezirk zu werten. Der Unterschied zwischen Gemeinde und Bezirk dagegen ist nicht ein qualitativer, sondern ein quantitativer.

c) Herkunft und Ursprung der obrigkeitlichen Gewalt der Gemeinden.

Die den Gemeinden zur Besorgung ihrer öffentlichen Aufgaben zustehende obrigkeitliche Gewalt kann entweder eine vom Staat abgeleitete oder eine kraft eigenen Rechts bestehende Macht sein, je nachdem, ob der Staat die Gemeinden geschaffen und mit imperium belehnt hat, oder ob die Staatsgewalt die altherkömmliche autoritative Machtbefugnis der vorstaatlichen Gemeinden nur weiterfort geduldet und anerkannt hat. Das letztere trifft im Kanton Schwyz bei den Gemeinden der March und der Höfe zu, während die 16 Gemeinden des Bezirks Schwyz im Gegensatz hiezu eine künstliche Schöpfung der Kantonsverfassung von 1848 darstellen. Es kann demnach für die schwyzerischen Verhältnisse die interessante Feststellung gemacht werden, dass neben den Gemeinden mit originärer Herrschaftsgewalt solche mit übertragenem imperium bestehen.

Dieser Feststellung kommt vornehmlich historische Bedeutung zu, denn die Frage, ob zwischen den Gemeinden mit ursprünglicher und

---

[6]) Früher, im eidgenössischen Staatenbund, besassen die Kantone die volle Souveränität. Bei der Bildung des Bundesstaates delegierten die Kantone dann einen Teil ihrer Souveränitätsrechte an den Bund. Daher bedeutet in der Schweiz Gliedstaatsverhältnis nicht Verzicht auf die Souveränität, sondern Teilung der Souveränitätsrechte. Dem Bund als übergreifenden Staatsverband kommen Treuhänderfunktionen an der kantonalen Souveränität zu. Ueber die Souveränität der Kantone s. Bauhofer O., Eidgenossenschaft 39-47, 69 ff. und 235 ff.; ferner Lampert 13 f.

denen mit übertragener obrigkeitlicher Gewalt ein praktischer Unterschied bestehe, ist zu verneinen. Es führt zum gleichen Resultat, ob eine Behörde kraft eigener, ursprünglicher Kommunalgewalt obrigkeitlich auftritt, oder ob sie mit vom Staat abgeleiteter Macht ausgerüstet ist. Die Rechtsstellung der Organe ist in beiden Fällen die gleiche.

Die aufgeführte Gegenüberstellung von originärem und derivativem imperium ist jedoch nicht nur für den Historiker von Interesse, sondern verdient auch vom juristischen Standpunkt aus beachtet zu werden, weil sie als Beweis für die Unrichtigkeit der Lehre vom Rechts- und Herrschaftsmonopol des Staates gelten kann. Die Positivisten, welche keine nichtstaatlichen Rechte gelten lassen, werden das Bestehen einer ursprünglichen Gemeindegewalt nie anerkennen. Nach ihrer Lehre wären die Herrschaftsrechte, welche ein Selbstverwaltungsverband ausübt, stets ursprünglich staatliche, also fremde Rechte. Als stärkstes Argument wird die Tatsache ins Feld geführt, dass durch positives Staatsgesetz die Rechte der Gemeinden jederzeit normiert und abgeändert werden können. Dieser Beweis dürfte aber am Vergleich mit der gleichen Erscheinung im Privatrecht scheitern. Ueberhaupt ist die Folgerung, dass mit der staatlichen Regelung der Kommunalgewalt auch deren Schöpfung und Ableitung gegeben sei, ein unbewiesener Gedankensprung. Der Staat ist nicht positiv Schöpfer und Quelle der autoritativen Stellung der historischen Gemeinden, sondern sein Wille ist nur ein negatives Erfordernis in dem Sinn, als er Kommunalkompetenzen, welche er nicht zu dulden braucht, einschränken oder aufheben kann. Die Behauptungen der Positivisten, die folgerichtig keine nichtstaatlichen öffentlichen Aufgaben anerkennen können, beruhen letzten Endes auf einer Verkennung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem positivistischen System bis zur Frage nach Ursprung und Quellen des Rechts würde hier zu weit führen [7]). Es sei nur kurz daran festgehalten, dass das Recht, auch das öffentliche, etwas über dem Staate Stehendes ist. Es wird nicht vom Staat hervorgebracht, vielmehr setzt der Staat selbst die Existenz des Rechts voraus. Da, wo als Ansammlung vieler Familien nachbarlicher Grundbesitzer Personenverbände mit sittlichem Gemeinzweck und von den Gliedern anerkannten Autoritätsträgern auftraten, ehe es einen Staat gab, entstanden unmittelbar öffentliche Herrschaftsrechte [8]). Es wäre widersinnig, wollte man die Herrschaftsrechte der historischen Gemeinden vom Staat abgeleitet wissen, den es damals noch gar nicht gab [9]).

---

[7]) Die zahlreichen und weitschweifigen Ausführungen in der Verwaltungsrechtsliteratur über die Frage, ob es eine ursprüngliche Gemeindegewalt gibt oder nicht, stellen ein Nebengeplänkel dar im grossen staatsrechtlich-philosophischen Streit zwischen den Anhängern der Naturrechtslehre und den Positivisten, der als unversöhnlicher Riss durch die ganze Wissenschaft vom Recht geht.

[8]) Vgl. Rosin 292.

2. Die Selbstverwaltung.

a) Begriff und Wesen.

Im Zusammenhang mit dem Gemeindewesen stossen wir dauernd auf den Begriff der Selbstverwaltung [10]). Die Arbeiten, welche sich alle mit der Klarstellung dieses Begriffes befassen, sind schier unübersehbar. Das Resultat all dieser Bemühungen ist höchste Uneinigkeit: Es gibt fast ebensoviele verschiedene Definitionen wie Schriftsteller über Staats- und Verwaltungsrecht [11]). Es ist hier nicht der Ort, um sich eingehend mit der Frage nach dem Wesen der Selbstverwaltung zu befassen. Es sollen nur kurz die wesentlichsten Gesichtspunkte, die bei der Mehrzahl der Autoren immer wieder in den Vordergrund gestellt werden, hervorgehoben sein.

Für unsern Zweck kann die Selbstverwaltung definiert werden als die ausserhalb der Rechtssetzung und Justiz liegende obrigkeitliche Tätigkeit einer dem Staat eingegliederten öffentlichrechtlichen juristischen Person zur Erreichung eines Gemeinzwecks nach eigenem Ermessen [12]). Natürlich hat sich die Selbstverwaltung im Rahmen der positiven Gesetzgebung zu bewegen.

Zum vornherein ausgeschaltet ist jene Auffassung, welche auch die Lokalgesetzgebung unter den Begriff der Selbstverwaltung subsumieren möchte [13]). Nicht als Selbstverwaltung ist ferner die staatliche Verwaltungstätigkeit zu benennen, im Gegenteil, die erstere ist das Ge-

---

9) Wenn auch in der schweizerischen Literatur sehr häufig das Imperium der Gemeinden in allen Fällen als Derivat der Staatsgewalt bezeichnet wird, so scheint der Grund dafür bei einem Teil der Autoren darin zu liegen, dass die Frage nach der Herkunft der kommunalen Herrschaftsgewalt für die schweizerischen Verhältnisse bisweilen in blinder Anlehnung an die deutsche Literatur beantwortet wird. Die Entwicklung des Gemeindewesens ist in Deutschland und in der Schweiz verschiedene Wege gegangen. Den deutschen Gemeinden wurde ihre alte Selbständigkeit durch den Polizeistaat des 17. und 18. Jahrhunderts entzogen. Im 19. Jahrhundert erst wieder drang die Bewegung durch, welche auf die Wiederherstellung der Gemeindeautonomie gerichtet war, und der Staat gab den Gemeinden das zur Selbstverwaltung erforderliche Imperium zurück. Deshalb mag für die deutschen Verhältnisse die in der deutschen Literatur vorherrschende Behauptung, das Imperium der Gemeinde sei ihr vom Staat verliehen, zutreffend sein. — Anders liegen die Verhältnisse in der Schweiz. Eine polizeistaatliche Epoche in dem Ausmasse, wie sie in Deutschland herrschte, kennt die schweizerische Geschichte nicht. Die historischen Gemeinden in den einzelnen Kantonen gingen ihrer Selbständigkeit nie ganz verlustig.

10) Gneist soll dieses Wort als Uebersetzung des englischen «selfgovernment» eingeführt haben (Peters 6).

11) s. Neukamp im Archiv für öffentliches Recht, IV 337 und Peters 1-17 sowie dort zit. Literatur.

12) Aehnlich Peters 36.

13) Diese dem Wortsinn «Verwaltung» widersprechende Begriffserläuterung findet sich bei Preuss in Festgabe für Laband II 222 f.

genstück der letzteren [14]). Als Subjekte der Selbstverwaltung kommen nur juristische Personen des öffentlichen Rechts in Frage, von denen als die wichtigsten die Gemeinden im Vordergrund stehen [15]). Zur Realisierung seines Zwecks stützt sich der Selbstverwaltungskörper nicht nur auf die jeder verwaltenden Persönlichkeit zustehenden Mittel geistiger, wirtschaftlicher und technischer Natur, sondern sein wirksamstes und umfassendstes Mittel ist die obrigkeitliche Gewalt. Er kann also zur Erreichung seiner Ziele die Mittel des Befehls und Zwangs anwenden [16]). Wie bereits erwähnt wurde, kennzeichnet sich die Selbstverwaltung als ermessensfreie Tätigkeit der selbständigen juristischen Person, d. h. der Staat hat dem Selbstverwaltungskörper die Wahlmöglichkeit zwischen einer Mehrzahl von vom objektiven Recht offen gelassenen Lösungsmöglichkeiten zu belassen. Logische Folge der freien Ermessenstätigkeit ist die eigene Verantwortlichkeit.

b) Die schwyzerischen Selbstverwaltungskörper.

Auf die Frage, welche juristischen Personen als Selbstverwaltungskörper im oben umschriebenen Sinn anzusprechen sind, gibt das positive schwyzerische Recht keine direkte Antwort. Wenn wir als Selbstverwaltungskörper die autoritativen Verbände des öffentlichen Rechts innerhalb des Staates bezeichnen, so sind darunter in erster Linie die Gemeinden (und die Bezirke) zu verstehen. Bisweilen wird auch der Begriff der Selbstverwaltung nur auf diese beiden Körperschaften angewandt. Ueberdies fallen verschiedene öffentliche Stiftungen und Anstalten unter den Begriff der Selbstverwaltungssubjekte [17]). Dagegen ist der Selbstverwaltungscharakter bei den dem kantonalen Recht unterstellten Allmendgenossenschaften, meist Genossamen genannt, zu verneinen [18]).

---

14) Anders Preuss im Handbuch der Politik (I 268), der diesen Gegensatz ablehnt.

15) Im deutschen Verwaltungsrecht wurde das Selbstverwaltungsrecht mit obrigkeitlicher Macht auch den Gutsherren herrschaftlicher Besitzungen zugesprochen. So Fleiner 110 (Anm. 33) und Blodig 20. Dagegen Peters 20.

16) Hierin liegt der wesentliche Unterschied zum Verein des Privatrechts.

17) Z. B. die Kantonalbank oder die Krankenkassen der Gemeinden.

18) Der Selbstverwaltungscharakter ist diesen Korporationen deshalb abzusprechen, weil ihnen das Imperium fehlt. Ob diese Gebilde öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter haben, ist zwar kontrovers. Die ursprüngliche Entstehung dieser Korporationen ist zweifelsohne im öffentlichen Recht zu suchen. Sie haben aber mit der Zeit den publizistischen Charakter mindestens teilweise abgestreift und dürften heute wohl vorwiegend als privatrechtliche Körperschaften des kantonalen Rechts gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB anzusprechen sein. Siegwart A. lässt in einem Gutachten vom 10. April 1926 in Sachen Genossame Lachen gegen Kraftwerk A.G. Wäggital die Frage, ob die Genossamen öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter haben, offen. Für publizistischen Charakter: Schwander V. in ZSR Bd. 59 277 ff. Für privatrechtlichen Charakter: Camenzind A., 30.

Im Rahmen dieser Arbeit wird der Ausdruck Selbstverwaltungskörper ausschliesslich für die Gemeinden und Bezirke gebraucht.

c) Die Selbstverwaltung der Gemeinden und die staatliche Administrativ-Dezentralisation.

Als Zwischenform zwischen der reinen Staatsverwaltung, welche durch vom Staat bestellte Organe besorgt wird, und der Selbstverwaltung der Gemeinden sei noch kurz die Erledigung staatlicher Aufgaben durch administrative Dezentralisation erwähnt [19]). Es handelt sich dabei um Aufgaben, die nicht der Gemeinde als solcher, sondern direkt einer bestimmten Gemeindeamtsstelle übertragen sind [20]) [21]).

Da die Unterscheidung zwischen der Dezentralisation durch Selbstverwaltung und der administrativen Dezentralisation als technische Dekonzentration nur für die Verwaltungstätigkeit, nicht aber für die lokale Rechtsschaffung von Bedeutung ist, erübrigt sich hier eine eingehendere Erörterung dieses Themas.

3. Die Autonomie.

a) Der Begriff der Autonomie in der allgemeinen Literatur.

Ueber die Anwendung und Bedeutung des Wortes Autonomie herrscht Uneinigkeit. Abgesehen von andern Meinungsverschiedenheiten kann man die Autoren in zwei Gruppen einteilen: Die einen messen dem Wort einen engern, die andern einen weitern Sinn bei. Nach Gierke bezeichnet man mit Autonomie die Kompetenz eines dem Staat eingegliederten Verbandes zur Aufstellung von Rechtsnormen für seinen Bereich [22]). In diesem engern Sinn bedeutet Autonomie Selbst-

---

[19]) Jellinek G., Staatslehre, 633 ff.; Neukamp, Archiv für öffentliches Recht, IV 551.

[20]) Bei der Tätigkeit der staatlichen Administrativ-Dezentralisation sind die betreffenden Gemeindeamtsstellen nicht der Gemeinde, sondern nur dem Staat verantwortlich.

[21]) Der Fall der staatlichen Administrativ-Dekonzentration trifft zu für die Funktionen des Vermittlers, des Betreibungs- und des Zivilstandsbeamten, sowie des Gemeindepräsidenten bei der Ausübung polizeilicher Verrichtungen gemäss § 5 des Dienstreglementes für das Polizeikorps oder gemäss §§ 18-29 der Strafprozessordnung, sowie in den Fällen des § 13 EG zum ZGB. Häufig sind ferner die Fälle, in denen der Gemeindeschreiber Funktionen ausübt, die nicht in den Kreis der kommunalen Selbstverwaltungsangelegenheiten gehören: So der Gemeindeschreiber als Urkundsperson (EG zum ZGB § 22 Abs. 2) oder als Protokollführer bei der Gründung von Flurgenossenschaften (EG zum ZGB § 180 Abs. 3). Nicht Kommunalobliegenheit, sondern staatliche Verwaltungsdekonzentration liegt schliesslich auch bei der Tätigkeit der Gemeinderationierungsämter vor.

[22]) Gierke I 142. — Mit der sogenannten Privatautonomie, die kein objektives Recht schafft, hat sich diese Arbeit nicht zu befassen. Vgl. hierüber Gierke I 148.

gesetzgebung [23]). Der Sprachgebrauch hat sich aber, besonders in der schweizerischen Literatur, vielfach nicht an diese «klassische» Begriffsfestlegung gehalten. Die «Autonomie» wurde zu einem allgemeinen Schlagwort für Selbständigkeit [24]). Somit wurde mit diesem Wort bezüglich der Gemeindefreiheit ein Oberbegriff geprägt, aus dem sich die Unterbegriffe der legislativen und der administrativen Autonomie ergeben [25]). Diese weitere Begriffsauslegung ist in der schweizerischen Rechts- und Verwaltungssprache weitgehend verbreitet. Ob man nun nur die Selbstgesetzgebung oder auch die Selbstverwaltung Autonomie nennen will, ist schliesslich nur ein Streit um Worte. Es muss aber, damit nicht Missverständnisse entstehen, gesagt werden, welcher Sinn einem Wort beigelegt wird.

b) Das Wort Autonomie in der schwyzerischen Verwaltungssprache.

Wenn nun im folgenden entgegen der «herrschenden Meinung» [26]) das Wort Autonomie im weitern Sinn, also auch für die Selbstverwaltung gebraucht wird, so geschieht dies in Berücksichtigung der schwyzerischen Verhältnisse. Im Gesetzestext ist zwar das Wort Autonomie nirgends zu finden. In der Verwaltungssprache und Judikatur wird ihm aber eindeutig diese letztgenannte Bedeutung beigemessen. Dabei wird der Ausdruck Autonomie meist nicht schlechthin für alle Angelegenheiten, die der administrativen oder rechtsschaffenden Tätigkeit der Gemeinden obliegen, verwendet, sondern nur für den sogenannten eigenen Aufgabenkreis [27]) [28]). Dieser Wortsinn soll auch im Rahmen dieser Arbeit Geltung haben.

---

[23]) Diesen engern Wortsinn finden wir bei folgenden Autoren: Blodig 16; Dernburg H., Pandekten, 7. Aufl. 1902, 54; Fleiner 87 ff.; Gierke I 142; Hatschek J., Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung, 1898, 80; Herrnritt 91, Hirzel 39; Hübner R., Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1908, 27; Kinne, Die Autonomie der Kommunalverbände in Preussen 12 ff., Laband I 100; Lautenschlager 12 f.; Loening E., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884, 182; Mayer O. I 85; Oswald 496a; Peters 36 ff., Vogt 28.

[24]) Schollenberger I 329.

[25]) In diesem oder einem ähnlichen Wortsinn wird das Wort Autonomie von folgenden deutschen und schweizerischen Autoren gebraucht: a) deutsche: Brunner in Hötzendorffs Rechtslexikon Art. Autonomie; Stier - Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 500; b) schweizerische: Giacometti 74; Gmür M., Die Rechtsstellung der öffentlichen Gewässer im Kanton Schwyz, Rechtsgutachten in Sachen Maschinenfabrik Oerlikon gegen Kt. Schwyz vom 29. Mai 1909, 22; Reinhardt 31; Schoch O. SJZ 7 82; Simon 55 f.; Walthard 32.

[26]) Peters 38.

[27]) RBR 1922 120, 1929 39, 1930 28 und 43, 1932 112; ferner BGE 58 I 243 und 63 I 11.

[28]) s. nachstehend Ziff. 4.

4. Der eigene und der übertragene Wirkungskreis.

a) Allgemeines.

Der Begriff der eigenen Aufgaben hat seinen Ausdruck erstmals in der französischen Verfassung von 1789 gefunden. Darin wurde festgelgt, dass der Munizipalverwaltung zweierlei Funktionen zukommen: «Les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale et déléguées par elle aux municipalités» [29]). Dieser eigene Aufgabenkreis wurde aufgefasst als eine Forderung des Naturrechts, welches eigene, unantastbare Rechte des Individuums dem Staate gegenüber feststellt. Wie der Einzelmensch, so soll auch die Gemeinde ihre Grundrechte haben. Wenn der Staat die immanenten Rechte der Gemeinden anerkenne, so sei dies etwas ähnliches, wie wenn er den Rechtskreis der Familie normiere.

Diese Idee vom pouvoir municipal fasst die Idee der naturrechtlichen Doktrin zu weit [30]). Es widerspräche dem Naturrechtssinn, wollte man den Kreis der Grund- oder Naturrechte beliebig ausdehnen. Die Theorie vom pouvoir municipal, welche den Gemeinden den Charakter von Naturrechtssubjekten verlieh, ist in der neueren Literatur mit Recht fallen gelassen worden. Die Unrichtigkeit dieser These geht schon daraus hervor, dass eine allgemeingültige, nicht an staatliche Grenzen gebundene Festlegung der «naturgemäss» in den Bereich der Gemeindekompetenzen fallenden Funktionen in concreto gar nicht möglich ist. Aus der Tatsache, dass die wirtschaftliche Lokalverwaltung und die Ortspolizei [31]) an vielen Orten seit langer Zeit in den Kreis der Kommunalkompetenzen fallen, kann für die Gemeinden keinesfalls ein Grundrecht im naturrechtlichen Sinn auf die Besorgung dieser Aufgaben gefordert werden.

Wenn auch ein Naturrecht der Gemeinden auf Erledigung gewisser Aufgaben heute kaum mehr ernsthaft zur Diskussion steht, so ist doch die Gegenüberstellung eines eigenen und eines delegierten

---

[29]) Hélie F., Les constitutions de la France, 1880, 63 (Art. 49).

[30]) Da zum Teil die Auffassungen innert der Lehre vom Naturrecht auseinandergehen, sei diese zur Verhütung von Missverständnissen in einer kurzen Abschweifung summarisch folgendermassen umrissen: Es gibt ein von der positiven Normsetzung unabhängiges, darüber erhabenes und grundsätzlich geltendes Recht. Dieses kann nicht beseitigt werden und überdauert alle Zeiten. Nicht auf alle Fragen bezieht sich das Naturrecht, sondern nur auf gewisse Grundfragen, bei denen eine dauernd gleichbleibende Ordnung möglich ist. Dieses Recht entnehmen wir der von Gott geschaffenen Natur. (Näheres darüber s. bei Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 1901; s. auch Oswald, Das Dilemma 34 ff.) Anders die Aufklärer im 17. und 18. Jahrhundert, welche das Naturrecht aus der menschlichen Vernunft ableiten. (Ueber die Irrungen dieser letztern Lehre s. Oswald, Ideologie 11 ff.)

[31]) Nach der Constituante von 1789 zählten die Ortspolizei und die wirtschaftliche Selbstverwaltung zum eigenen Wirkungskreis.

Selbstverwaltungskreises in der Literatur allgemein üblich. Dabei sind zur Ausscheidung der beiden Wirkungskreise fast zum Verzweifeln viele von einander abweichende Unterscheidungskriterien angeführt worden.

So will beispielsweise eine Auffassung der Unterscheidung das Recht, beziehungsweise die Pflicht der Gemeinde zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zugrunde legen [32]). Es wären somit diejenigen Angelegenheiten, zu deren Besorgung die Gemeinde nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, dem delegierten Kreis zuzuzählen; eigene dagegen wären alle Aufgaben, deren Erledigung eine reine Berechtigung bedeutet. — Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass die korporativen Aufgaben [33]), welche doch nach allgemeiner Ansicht eigene Aufgaben par excellence darstellen, in der Hauptsache obligatorisch sind.

Andere Autoren stellen bei der Unterscheidung auf den Zweck oder das Interesse ab [34]). Danach wird eine Aufgabe dem eigenen oder übertragenen Wirkungskreis zugeteilt, je nachdem das Interesse der Gemeinde oder des Staates überwiegt. — Mit diesem verschwommenen und daher unpraktikablen Unterscheidungskriterium könnte man nahezu alle Gemeindefunktionen ebensogut zum eigenen als zum delegierten Wirkungskreis zählen.

Ein weiteres, von den oben genannten verschiedenes Unterscheidungsmerkmal wurde durch historische Auslegung geprägt. Ausgehend von der geschichtlichen Entwicklung als alleiniger Grundlage erhielt das Wort «eigen» den Sinn von «ursprünglich», «vorstaatlich». Da wo die Gemeinde älter ist als der Staat, anerkannte dieser die Kompetenzen oder wenigstens einen Teil derselben, welche jene schon früher besassen. Den eigenen Wirkungskreis bildet nach dieser Theorie die ältere Schicht von Kommunalaufgaben, die schon vor der Entstehung der modernen Staatsgewalt Gemeindeobliegenheit waren und die vom Staat weiterhin als Gemeindeangelegenheiten geduldet wurden. Im Gegensatz dazu besteht eine jüngere Schicht von Gemeindeaufgaben, welche den Gemeinden, als sich der Staat über diesen herausgebildet hatte, durch die Staatsgewalt übertragen wurde; diese letzteren Aufgaben bilden nach der historischen Betrachtungsweise den übertragenen Wirkungskreis [35]). — Diese geschichtlichen Untersuchungen sind

---

[32]) Walthard 42; Neuwiem, Die kommunalen Zweckverbände in Preussen 8 f.

[33]) Sogenannte korporative Aufgaben sind die Bestellung der Gemeindeorgane und die Besorgung des Gemeindehaushaltes. Walthard 46 ff.; vgl. ferner Giacometti 77 und Verwaltungskurse VI 22.

[34]) Rosin 292 ff.; Wessels H., Das generelle staatliche Oberaufsichtsrecht in Preussen über die Selbstverwaltung der Städte und Landgemeinden, 1911, 50.

[35]) Diese historische Unterscheidungsmethode stellt eine Parallele zur Frage der Herkunft des Imperiums (s. oben Ziff. 1 lit. c) dar.

zweifellos nicht nur für den Historiker von Interesse, doch bilden sie für den Juristen allein betrachtet keine genügende Basis für die Unterscheidung. Wenigstens für die Verhältnisse im Kanton Schwyz ist damit kein praktisch brauchbares Kriterium gegeben.

Eine allgemeinere Unterscheidungsformel findet sich bei Fleiner [36]). Zum eigenen Wirkungskreis zählt er jene Geschäfte, welche «den eigentlichen Lebenszweck der Körperschaft» ausmachen. Eine nähere Erklärung über das Verhältnis der beiden Wirkungskreise aber gibt er nicht.

Schliesslich ist noch eine weitere Auffassung zu erwähnen, welche den eigenen Wirkungskreis daran erkennt, dass nur Rechtskontrolle der staatlichen Aufsichtsbehörde besteht, während der übertragene Wirkungskreis dadurch charakterisiert wird, dass neben der Rechtsaufsicht auch noch Ermessensaufsicht vorliegt [37]). Dieses Unterscheidungskriterium mag in jenen Kantonen praktikabel sein, in denen durch positives Recht oder durch die Praxis festgelegt ist, welche Kommunalfunktionen nur der staatlichen Rechtskontrolle und welche der Rechts- und Ermessenskontrolle unterliegen. Da aber diese Frage nach der Art der Staatsaufsicht im Kanton Schwyz für die einzelnen Fälle nicht abgeklärt ist [38]), würde für die schwyzerischen Verhältnisse dieses tautologische Kriterium nur den Ausgangspunkt zu einem circulus vitiosus darstellen.

Durchgeht man diese verschiedenen aufgeführten Formeln und versucht man sie auf die Verhältnisse des Kantons Schwyz anzuwenden, so gelangt man zum Schluss, dass keine einzige wirklich praktikabel ist, um die Aufgaben der Gemeinden in diesen oder jenen Wirkungskreis einzuteilen.

b) Die Unterscheidung der eigenen und delegierten Kompetenzen im Kanton Schwyz.

Wie weiter oben anhand der historischen Untersuchung mehrfach betont worden ist, besteht im Kanton Schwyz zwischen Staat und Gemende ein sehr ausgeprägtes Verhältnis der Ueber- und Unterordnung [39]). Dies gibt Anlass, die Zuteilung der diversen Gemeindeangelegenheiten zur Gruppe der eigenen oder der übertragenen Kompetenzen von der Perspektive des übergeordneten Kantons aus vorzunehmen. Es liegt schliesslich im Ermessen des kantonalen Gesetzgebers, ob und wie weit er die Beorgung gewisser Angelegenheiten den Gemeinden überlässt.

---

36) Fleiner 112 f.
37) Giacometti 75; ferner Nawiaski H. (Verwaltungskurse VI 16).
38) Vgl. 8. Kapitel II.
39) Die Zurechnung der schwyzerischen Gemeinden zu jenen mit der weitestgehenden Selbständigkeit und Unabhängigkeit (so Giacometti 77, Schollenberger I 331 f., Vogt 21 f., Walthard 108) entspricht nicht dem tatsächlichen Zustand.

M. E. kann eine praktisch brauchbare Unterteilung der Wirkungskreise der schwyzerischen Gemeinden einzig so getroffen werden, dass man die verfassungsmässigen kommunalen Rechte und Aufgaben der Gemeinden einerseits und die übrigen Kommunalangelegenheiten anderseits gegenüberstellt [40]). Der eigene Wirkungskreis umfasst somit die der Gemeinde kraft kantonsverfassungsmässiger Garantie zustehenden Obliegenheiten [41]). Den übertragenen Wirkungskreis bilden jene Angelegenheiten, zu deren Besorgung die Gemeinde durch Gesetz, Verordnung oder Gewohnheitsrecht berechtigt oder verpflichtet ist.

Zum eigenen Wirkungskreis ist nach diesem Kriterium in erster Linie die selbständige Verwaltung des Gemeindevermögens zu zählen. Diese Vermögensautonomie ergibt sich aus § 13 KV, welcher die freie Benützung und Verwaltung [42]) der kommunalen Güter nach eigenem Willen der Gemeinden gewährleistet. Diese verfassungsmässige Garantie hat allerdings durch verschiedene Bestimmungen kantonaler Gesetze und Verordnungen erhebliche Einschränkungen erfahren [43]).

Auf die gleiche rechtliche Stufe wie die Vermögensautonomie ist die personell-organisatorische Selbstbestimmung der Gemeinden zu setzen. Die Wahl der verschiedenen Gemeindebeamten und -funktionäre ist in den §§ 91 und 97 KV geregelt. Wenn auch diese Verfassungsparagraphen grundsätzlich nur formales Verfassungsrecht darstellen [44]), so hat die personell-organisatorische Selbstbestimmung dennoch

---

40) Aehnlich das Bundesgericht in einem nicht publizierten, den Kt. Solothurn betreffenden Fall vom 6. Juli 1944 (Einwohnergemeinde Feldbrunnen-St. Niklaus gegen Einwohnergemeinde Solothurn, Erw. 2, letzter Absatz). — Vgl. auch Utzinger E., Probleme der Kommunalpolitik 5 f.

41) Nach der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 29 I 207, 36 I 376, 40 I 278, 48 I 108) hat die Gemeindeautonomie stets den Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechts, gegen dessen Verletzung der staatsrechtliche Rekurs auch dann ergriffen werden kann, wenn eine ausdrückliche entsprechende Gewährleistung in der Kantonsverfassung fehlt.

42) Nach konstanter Rechtssprechungspraxis des Regierungsrates und des Bundesgerichts schliesst die «Benützung und Verwaltung» der Güter die Verfügung über die Vermögenssubstanz nicht in sich. RBR 1935 und dort erwähnte Entscheide.

43) Vgl. Simon 69 ff., der sich gegen die Legitimität dieser Einschränkungen ausspricht.

44) Es ist zu beachten, dass die §§ 91 und 97 nicht schlechthin eine verfassungsmässige Gewährleistung gewisser Befugnisse der Gemeinden darstellen (vgl. hierüber auch Simon 67 f., ferner RBR 1929 39). Die Zuständigkeitsregelungen, wie sie die genannten Paragraphen vorsehen, haben nicht den Sinn einer Abgrenzung der kantonalen von der kommunalen Machtsphäre, sondern sie bezwecken vielmehr die Kompetenzabgrenzung zwischen den Gemeindeorganen. Eine Schmälerung der betreffenden Gemeindefunktionen auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung müsste daher nicht zum vornherein als unzulässig erscheinen. Die §§ 91 und 97 KV haben, soweit sie nur die interne Struktur und die innern Belange der Ge-

als verfassungsmässig garantiertes Recht der Gemeinden zu gelten. Wenn das Bundesgericht wiederholt erkannt hat, dass die verfassungsmässige Gewährleistung der «Gemeindeautonomie» materiell auch ohne ausdrücklich formal-konstitutionelle Garantie bestehe, so sind mit diesen gewährleisteten kommunalen Rechten zweifelsohne in erster Linie, wenn nicht ausschliesslich, die korporativen Stammaufgaben gemeint [45]), zu denen auch die selbständige Bestellung der Organe gehört.

Mit der autonomen Vermögensverwaltung und der selbständigen Bestellung der Organe, beides Funktionen, die seit der Gemeindekonstituierung von 1848 die eigentlichen Stammangelegenheiten der Gemeinden bilden, ist der eigene Wirkungskreis bereits vollständig aufgezählt. Alle übrigen Gemeindeaufgaben sind übertragene, d. h. sie wurden durch Gesetz oder Verordnung an die Gemeinden delegiert, ohne dass den Gemeinden daraus ein verfassungsmässiges Recht auf Besorgung dieser Angelegenheiten erwüchse.

Der praktische Unterschied zwischen den eigenen und den übertragenen Gemeindeangelegenheiten ist ein dreifacher: Einmal wird in Materien des eigenen Wirkungskreises der einfache Gesetzgeber durch den Verfassungsgesetzgeber verpflichtet, die kommunalen Rechte zu respektieren; sodann geniessen die Gemeinden gegen Uebergriffe in den eigenen Aufgabenkreis einen besondern Rechtgsschutz [46]), und

---

meinden betreffen, nur im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung Geltung. Als zur Hauptsache nicht materiell verfassungsmässige Rechtssätze sollten sie de lege ferenda in Erlassen der einfachen Gesetzgebung figurieren. Ihre formale Aufführung in der Verfassung ist dem Umstand zu verdanken, dass es im Kanton Schwyz kein eigenes Gemeindegesetz gibt. — Dass die §§ 91 und 97 KV nicht allgemein den Sinn einer verfassungsmässigen Garantie zu Gunsten der Gemeinden haben, lässt sich leicht nachweisen. Unter den in den erwähnten Paragraphen aufgeführten Gemeindeangelegenheiten sind auch das Strassenwesen (vgl. hierüber RBR 1929 39, ferner Sidler 153 ff. und Simon 83 f.), die Einquartierung des Militärs und die Anweisung von Schiessplätzen genannt. Dass diese Obliegenheiten im Kanton Schwyz keinesfalls als garantierte Gemeinderechte anzusprechen sind, dürfte unbestritten sein.

45) Vgl. oben Anm. 33. — Diese korporativen Stammaufgaben bilden ein Minimum, das nach allgemeiner schweizerischer Auffassung der freien Gemeindetätigkeit offen stehen muss. Ohne Eigentum und ohne die Möglichkeit, dasselbe zu verwalten, wird die Existenz einer Korporation illusorisch, und wenn die Berufung zu den Gemeindebeamtungen nicht durch die Wahl der Aktivbürger der Gemeinde, sondern durch staatliche Ernennung erfolgen würde, könnte man nach bei uns üblichen Begriffen nicht mehr von Selbstverwaltung, sondern nur mehr von administrativer Dekonzentration der Staatsverwaltung reden. Für schweizerische Verhältnisse bedeutet dieses Recht der selbständigen Bestellung der kommunalen Körperschaftsorgane eine dreart selbstverständliche historisch-politische Notwendigkeit, dass diese allenfalls auch als verfassungsmässiges Recht beansprucht werden könnte ohne ausdrückliche Normierung in der Kantonsverfassung.

46) Vgl. 10. Kapitel II, Ziff. 2.

schliesslich ist die Kontrollkompetenz der staatlichen Oberaufsicht auf dem Gebiet des eigenen Wirkungskreises eine engere als auf dem übertragenen [47]).

Es ist hier noch nachzutragen, dass die durch bestimmte Gemeindebeamte oder Gemeindebehörden auszuübenden Funktionen der staatlichen Administrativdezentralisation [48]) nicht zum übertragenen Aufgabenkreis der Gemeinden zählen, da sie sich nicht mehr auf dem Gebiet der Selbstverwaltung bewegen. Die häufigen Unklarheiten und Verwechslungen bei der begrifflichen Ausscheidung der Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises und der administrativen Dezentralisation dürften ihren Grund nicht zuletzt darin haben, dass die Funktionen des übertragenen Aufgabenkreises oft mit der verwirrlichen Bezeichnung «Auftragsangelegenheiten» benannt werden [49]).

c) Die kommunale Rechtssetzungstätigkeit als Funktion des übertragenen Wirkungskreises.

Der eigene Wirkungskreis der Gemeinden erschöpft sich in der autonomen Vermögensverwaltung und der selbständigen Bestellung der Organe. Sämtliche gültigen Rechtserlasse der schwyzerischen Gemeinden stützen sich, wie im folgenden Kapitel dargelegt wird, auf besondere Delegationsnormen eines einfachen Gesetzes oder einer Verordnung oder aber auf eine den kantonalen Delegationserlass vertretende gewohnheitsrechtliche Norm. Die enge Begrenzung der statutarischen Kommunalbefugnisse erklärt sich daraus, dass den schwyzerischen Gemeinden die Zuständigkeit, die lokalen Angelegenheiten «innert den Schranken der Rechtsordnung selbständig zu ordnen [50])» nicht gegeben ist, dies entgegen der Regelung in den meisten andern Kantonen [51]). Die schwyzerischen Gemeinden haben sich mit einer bruchstückartigen Satzungskompetenz zu begnügen, welche sich aus einzelnen Spezialgesetzen ableiten lässt [52]).

Mit der Bezeichnung der kommunalen Rechtssetzung als übertragener Funktion haben wir das Problem der Delegation tangiert. Es ist über die Frage der Uebertragungsmöglichkeit von Rechtssetzungsbefugnissen in der jüngsten schweizerischen Literatur sehr viel geschrieben worden. Ein näheres Eintreten auf die Kontroverse über dieses Thema würde hier zu weit führen. Es sei nur kurz erwähnt, dass ich mich vorbehaltlos dem Standpunkt anschliesse, der in der

---

47) Vgl. oben lit. a, sowie 8. Kapitel II, Ziff. 2.
48) s. oben Ziff. 2, lit. c.
49) So Fleiner 113 und Peters 190 f.
50) Das Wort «ordnen» schliesst begrifflich die Funktionen sowohl der Verwaltung als auch der Rechtssetzung in sich.
51) So Zürich, Luzern, Uri, Solothurn, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., Graubünden, Aargau, Thurgau, Waadt, Wallis, Neuenburg (s. Giacometti 74).
52) Dem kantonalen Delegationserlass gleichzustellen ist ein diesen vertretender Gewohnheitssatz. Vgl. unten 3. Kapitel, III, Ziff. 3.

Delegationsmöglichkeit, wie sie in der schweizerischen Praxis allgemein üblich ist, eine zulässige Verfassungsergänzung sieht [53]). Ein näheres Eintreten auf das Delegationsproblem erübrigt sich hier schon aus dem Grund, weil es sich bei der Uebertragung der Rechtssetzungsfunktionen durch den staatlichen Gesetzgeber an die Gemeinden keinesfalls um eine angeblich «unzulässige Verschiebung verfassungsmässig statuierter Kompetenzgrenzen» im Sinne einer Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips handelt. Die Rechtssetzung durch die Gemeinden läuft dem Grundsatz vom sogenannten Vorbehalt des Gesetzes nicht zuwider [54]).

II. Die Rechtssetzung.

1. Definition.

Als Rechtssetzung wird im Sinne der Gewaltentrennung jene Funktion bezeichnet, welche generelle, abstrakte Normen aufstellt, die zweiseitig verbindlich verbietend oder befehlend in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen und die Befugnisse zwischen den Bürgern unter sich und zwischen Bürger und Staat festlegen und abgrenzen [55]). Es ist unter dieser Umschreibung die Entstehung des objektiven Rechts nur auf dem Weg der bewussten Satzung zu verstehen. Nicht darunter ist demzufolge das Gewohnheitsrecht (auf der Stufe der autonomen Körperschaften Observanz genannt) zu subsumieren, welches nicht dem Akt bewusster Satzung entspringt, sondern auf einer tatsächlichen, der Rechtsüberzeugung des Volkes entsprechenden Uebung beruht.

2. Die Abgrenzung des Rechtssetzungsbegriffes und damit zusammenhängende begriffliche Gegensätze.

a) Rechtssetzung und Rechtsanwendung.

Die Rechtsanwendung ist die konkrete Vollziehung der objektiven Normen durch autoritativen Akt. Die blossen Rechtsbefolgungen der obrigkeitlichen Organe, die nicht mit autoritativer Wirkung ausgestattet sind, sind nicht als Rechtsanwendungen in diesem Sinn anzusprechen. Der begrifflich-inhaltliche Unterschied zwischen dem abstrakt-generellen Rechtssatz einerseits und der konkret-individuellen Anwendung desselben anderseits ist evident.

---

53) Ich verweise diesbezüglich auf Oswald 486—513. — Im Kanton Schwyz kann die Zulässigkeit der Kompetenzdelegation allenfalls gewohnheitsrechtlich begründet werden; s. darüber Reichlin 12 f. (ZBl 44 227), sowie Reichlin im Innerschweiz. Jahrbuch für Heimatkunde IV/V 175 f.

54) Oswald 497; in ähnlichem Sinn auch Reinhardt 34.

55) S. Oswald 476 und Reichlin 3.

Mit der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung ist die autoritative Tätigkeit der staatlichen und autonomen Organe, wie unten noch dargetan wird [56]), nicht erschöpfend aufgezählt.

Ueber die Berechtigung, beziehungsweise über den Wert der Gegenüberstellung Rechtssetzung — Rechtsanwendung streiten sich die Theoretiker. Es ist namentlich die Wienerschule, die bei der einheitlichen Durchkonstruktion des gesamten Rechtsgebäudes versucht hat, den Trennungsstrich zwischen Rechtssatz und Rechtsanwendung aufzuheben; sie hat auch der letztern Rechtsnormcharakter zugesprochen [57]). Wiewohl die imponierende Geschlossenheit des Gesamtbildes der «Reinen Rechtslehre» beachtenswert erscheinen mag, so kann m. E. doch nicht übersehen werden, dass das Produkt der Rechtssetzung gegenüber dem Produkt der Rechtsanwendung seine Besonderheiten hat, die zu einer Auseinanderhaltung zwingen und die übliche Unterscheidung rechtfertigen.

b) Verordnung [58]) und Verfügung.

aa) Die Unterscheidungsmerkmale.

Verordnung und Verfügung sind beide anspruch- und pflichtbegründete obrigkeitliche Anordnungen. In der Regel werden beide vom gleichen Organ erlassen, oft auch auf dem gleichen Verfahrensweg.

Der fundamentale Unterschied zwischen Verordnung und Verfügung liegt in ihrem rechtlichen Inhalt. Die Rechtsnatur ist verschieden. Die Verordnung begründet objektive Normen, sie hat Rechtssatzcharakter. Verfügungen dagegen sind in der Regel Rechtsverhältnisse begründende Rechtsanwendungen [59]), soweit sie autoritative Vollziehung objektiver Normen darstellen [60]). Zu den Verfügungen sind zudem die Akte der sogenannten vierten Funktion zu zählen [61]).

Der abstrakten Natur und Generalisation der Verordnung einerseits steht der konkrete und individuelle Inhalt der Verfügung anderseits gegenüber. Dabei ist unter Generalisation die Unbestimmtheit des Subjekts und unter Abstraktion die Weglassung eines bestimmten Falles zu verstehen, d. h. generell ist eine Anordnung, welche sich an

---

56) S. nachfolgend b (vgl. namentlich Anm. 61).

57) Kelsen, Reine Rechtslehre 62 ff.

58) Gemeint ist die Rechtsverordnung. Für den Bereich des Staates wird diese definiert als ein Rechtserlass, der von einer staatlichen Instanz ausserhalb des Gesetzgebungsverfahrens erlassen wurde (s. Oswald 476). Als kommunale Rechtsverordnungen werden hier jene Erlasse bezeichnet, welche sich auf eine spezielle kantonale Delegationsnorm stützen (s. unten sub. 3).

59) Fleiner 185, Thoma 77, BGE 12 86.

60) Typische Fälle von Gemeindeverfügungen sind z. B. der Beschluss auf Errichtung einer Anstalt, ein Anstellungsakt, die Bürgerrechtserteilung, das Aufgebot zum aktiven Feuerwehrdienst, ein Anleihensbeschluss, eine Konzessionserteilung usw. Keine Verfügungen dagegen sind blosse Belehrungen, Mahnungen und Warnungen.

61) Vgl. Oswald 457 a).

eine unbestimmte Anzahl unbestimmter Personen richtet, und abstrakt ist sie, wenn sie für eine unbestimmte Zahl von Fällen gilt [62]). Als Gegensatz zur personellen Verallgemeinerung ist nicht nur der Einzelne, sondern auch die zahlenmässige Vielheit anzusehen [63]). Das Gegenstück zur abstrakten Norm, die eine unbestimmte Zahl von Fällen regelt, ist die Anordnung für den Einzelfall oder für einzelne Fälle, sowie analog dazu auch ein Befehl, der nur für kurze Dauer (z. B. für einen Tag) erlassen worden ist [64]). In diesem Sinne ungefähr stellt auch Thoma [65]) dem Rechtssatz «als einer auf die Dauer bestimmten, einer grösseren Allgemeinheit die Norm gebenden, in unbestimmt vielen Fällen wirksamen Rechtsregel» die Verfügung als eine für kurze Zeit geltende, nur für einen Einzelnen bestimmte und ihre Kraft an einem einzelnen Fall erschöpfende Anordnung gegenüber. Für die Erkennung der Rechtssatzqualität einer Vorschrift fällt also einmal die begriffliche Allgemeinheit des Normadressatenkreises, dann die Wirksamkeit für unbestimmt viele Fälle und schliesslich die relativ lange Zeitdauer ins Gewicht. Wenn man im Einzelfall zu untersuchen hat, ob die abstrakten und generellen Merkmale, oder aber die konkreten und individuellen prävalieren, können leicht auseinandergehende Ansichten entstehen, je nachdem man für die Unterscheidung mehr die personelle Seite oder mehr die Unbestimmtheit, beziehungsweise die Konkretisierung der Anwendungsfälle berücksichtigt. Während manche Autoren eher dazuneigen, das Hauptmerkmal der Verfügung in der Regelung eines konkreten Falles zu sehen und erst in zweiter

---

62) In der Literatur werden die Ausdrücke generell und abstrakt einerseits und individuell und konkret anderseits m. E. zu Unrecht häufig wahllos neben einander gebraucht (s. beispielsweise die Verwischung dieser Begriffe in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch III 674).

63) So ist z. B. eine Anweisung an alle Wirte einer Gemeinde nicht generell, wohl aber eine Vorschrift, die sich an alle jene wendet, welche den Wirteberuf ausüben möchten. Ein Befehl an die Wirte oder an den einzigen Wirt einer Ortschaft kann aber generellen Charakter annehmen, wenn durch die betreffende Anordnung indirekt eine unbestimmte Zahl unbestimmter Personen betroffen wird, so z. B. durch das Verbot des Alkoholausschankes an Jugendliche oder durch die Festsetzung der Polizeistunde. Ein klares Symptom für die Rechtssatzqualität dieser Erlasse ist der Umstand, dass sich bei Uebertretungen nicht nur der Wirt, sondern auch die Gäste strafbar machen.

64) Die Länge der Zeitdauer wird zwar von den meisten Autoren nicht als Unterscheidungskriterium anerkannt. Und doch ist, wenn ich recht sehe, eine Verkehrsordnung, welche von der Polizeibehörde anlässlich eines Festes für eine Ortschaft oder für ein Gebiet erlassen wird, eindeutig als Verfügung zu taxieren. Die gleiche Anordnung gewinnt aber Rechtssatzcharakter, wenn sie für unbestimmte oder lange Zeit erlassen wird. Die Zeitdauer wird als Unterscheidungskriterium anerkannt in BGE 55 I 112. (Im Widerspruch hiezu BGE 57 I 276.)

65) T h o m a 59 ff. In ähnlichem Sinne auch BGE 55 I 112.

Linie auf die Generalisation des Adressatenkreises zu achten, stellen andere primär auf das letztgenannte Unterscheidungsmoment ab [66]) oder gar nur auf dieses [67]).

Das Fazit aus dem Gesagten ist, dass es keine allgemeingültige Formel gibt, die in jedem konkreten Fall eine Vorschrift ohne weiteres entweder als Verfügung oder als Verordnung erkennen lässt. Will man bei einer obrigkeitlichen Anordnung ihren Rechtserzeugungsinhalt, beziehungsweise ihren Verfügungscharakter nachweisen, so hat man m. E. so vorzugehen, dass man in Berücksichtigung aller Abstraktions- und Generalisationsmomente, beziehungsweise aller Konkretisierungs- und Individualisierungsmerkmale abwägt, ob die Verallgemeinerungs- oder die Vereinzelungssymptome überwiesen.

bb) Grenzfälle.

Zwischen den konkreten und individuellen Verwaltungsakt einerseits und die generelle abstrakte Norm anderseits schieben sich zahlreiche Zwischenformen ein.

Die bedeutsamste und häufigste dieser Zwischenformen ist die sogenannte Allgemeinverfügung. Sie ist generell (sie richtet sich an eine unbestimmte Zahl unbestimmter Personen) und konkret (sie bezieht sich auf einen oder eine Mehrheit bestimmter Fälle) [68]). Die Frage, ob die Allgemeinverfügung der Rechtserzeugung zuzurechnen sei oder nicht, findet in der Literatur keine einheitliche Antwort. Immerhin wird diese Zwischenform, welche zwar noch generell aber nicht mehr abstrakt ist, von der Mehrzahl der Autoren als Verfügung taxiert [69]). Wenn auch bei der Allgemeinverfügung der Adressatenkreis nicht bestimmt ist, so lässt ihr doch der Umstand, dass sie einen oder eine Mehrzahl [70]) konkreter Tatbestände regelt, die Rechtssatzqualität ab-

---

66) Meyer G. in Fleischmann-Stengels Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (Art. «Verwaltungszwang»), derselbe in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und das öffentliche Recht, Bd. VIII 1, ferner Seligmann in Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag I 64, ebenso Schorn H., Staatslexikon, 5. Aufl. 1926, II 640. Vgl. auch BGE 63 I 8.

67) Bohrer 57. Die Unterscheidungsmethode von Bohrer hat den Vorteil, dass sie eine ziemlich klare Grenzziehung zulässt. Sie trägt aber der in Theorie und Praxis allgemein üblichen Art der Gegenüberstellung von Verordnung und Verfügung nicht genügend Rechnung. In ähnlichem Sinn wie Bohrer auch BGE 57 I 276.

68) Beispiel: Das Verbot, ein bestimmtes Gebiet wegen einer militärischen Schiessübung zu betreten.

69) Anders BGE 57 I 276.

70) Um konkret zu sein, braucht ein Fall nicht in einer einmaligen Handlung zu bestehen, sondern kann auch eine Mehrzahl konkreter Tatbestände darstellen. Der Begriff konkret ist nicht absolut, sondern relativ. Relativ konkret ist z. B. ein Erlass, der dem Besitzer eines Pistolenstandes mit Rücksicht auf die durch den Schiessbetrieb entstehende Gefahr die fernere Benützung untersagt und für jede Zuwiderhandlung eine Strafe androht. Vgl. auch BGE 49 I 147.

sprechen. Wenn der Allgemeinverfügung hier in Uebereinstimmung mit der herrschenden Auffassung der Rechtsnormcharakter abgesprochen wird, so ist doch festzuhalten, dass sie bereits stark der Verordnung nahe kommt.

Als der Allgemeinverfügung ähnliche Zwischenformen sind die Wegrodel der Gemeinden gemäss § 6 der Verordnung zur Ergänzung des Grundbuches bezüglich der öffentlichen Strassen-, Fahr-, Fuss-, Winter- und Reistwege mit privater Unterhaltspflicht [71]) zu werten. Die Festlegung der öffentlichen Wege und Strassen mit privater Unterhaltspflicht hat zugleich individuellen und generellen Charakter: Individuellen insoweit, als der Inhaber eines gewissen Grundstücks verpflichtet wird, einen näher umschriebenen Weg in gesetzlich vorgeschriebener Weise für den öffentlichen Verkehr zur Verfügung zu halten; generellen insofern, als durch die Wegverzeichnisse bestimmt wird, welche Wege und Strassen der Allgemeinheit offen stehen und welche mangels ausdrücklicher Nennung im Verzeichnis dem öffentlichen Verkehr verschlossen sind. Als Merkmal der Konkretisierung wäre die genaue Bestimmung des Objekts, als Abstraktionsmoment die unbestimmt lange Geltungsdauer zu nennen. Alles in allem dürfte immerhin den individuell-konkreten Symptomen die dominierende Stellung beizumessen sein, sodass wir es in diesen Fällen nicht mit Rechtssätzen zu tun haben.

Nicht als Akt der Rechtssetzung wird gemäss schwyzerischer Praxis [72]) der Beschluss über den Steuersatz angesehen, obwohl er die typischen Merkmale des Rechtssatzes involviert. Der zweifelsohne generelle und abstrakte Beschluss über die Festsetzung des Steuerfusses wird allgemein deshalb nicht zur Rechtssetzungstätigkeit gezählt, weil er in enge Verbindung mit der Jahresrechnung gebracht wird. Die Aufstellung des Budgets als solche ist unbestrittenermassen ein Akt der Finanzverwaltung und nicht der Rechtssetzung. Der Beschluss zur Festsetzung des Steuerfusses gilt somit trotz seines abstrakt-generellen Inhaltes, weil er als ein Teil der Budget-Aufstellung behandelt wird, als Administrativakt. In Nachachtung dieser auch in andern Kantonen bestehenden Praxis [73]) wird der Beschluss über den Satz der ordentlichen Gemeindesteuer im folgenden Kapitel bei der Behandlung der einzelnen Fälle der kommunalen Rechtssetzung nicht aufgeführt.

Dagegen werden wir uns eingehend mit der Einführung der örtlichen Kurtaxe, sowie der lokalen Vergnügungs und Handänderungssteuer zu befassen haben. Die Abstimmungen über diese drei Abgabearten werden in praxi nicht wie die Festsetzung der Steuersatzes als ein Teil des Budgetrechts behandelt. Der Rechtsverordnungscharakter

---

[71]) SRB 409. Vgl. auch ZBl 38 53.
[72]) Reichlin 6 (ZBl 44 206).
[73]) S. Giacometti 329, ferner Ronca, Die Kompetenzen des grossen Rates des Kantons Luzern, 67 und Witzig, Die Kompetenzen des zürcherischen Kantonsrates 85 f.

der lokalen Kurtaxen- und Vergnügungssteuerreglemente ist offenkundig. Es steht den Gemeinden frei, ob sie die Einführung dieser Abgabearten auf ihrem Gebiet beschliessen wollen oder nicht, und sie können neben näheren Ausführungsbestimmungen überdies die Höhe der Ansätze innert der durch das kantonale Recht vorgesehenen Schranken festlegen [74]). Ob man auch die Einführung der Handänderungssteuer als Rechtssetzungsfunktionen zu bewerten hat, erscheint weniger offensichtlich. Die Gemeinden haben nur die Möglichkeit, die Handänderungssteuer zu einem gesetzlich bestimmten Ansatz einzuführen oder nicht. Alle weitern Einzelheiten sind durch kantonales Recht geregelt, und die Gemeinden können keine weitern Bestimmungen erlassen. Es könnte nun die Auffassung vertreten werden, die Beschlussfassung auf Einführung der Handänderungssteuer bedeute eine blosse Rechtsanwendung des Gesetzes betreffend die Handänderungssteuer vom 4. Dezember 1920 [75]), sie sei daher kein Akt der Rechtserzeugung. Demgegenüber kann jedoch festgestellt werden, dass die Beschlüsse der Aktivbürgerschaft über die Einführung der Handänderungssteuer in einer Gemeinde einen unbestimmten Personenkreis und eine unbestimmte Zahl unbestimmter Fälle treffen, was für die Rechtssatznatur dieser Erlasse spricht [76]).

cc) Ermächtigung und Erfordernisse zum Erlass von Verfügungen und Verordnungen.

In der Praxis werden die Termini Verordnung und Verfügung nicht selten wahllos nebeneinander verwendet [77]). Dies heisst aber nicht, dass beide Begriffe gleicherweise zu gebrauchen sind, denn materiell bedeutet die Verwechslung eine Rechtsverletzung [78]).

Sowohl die Verordnung als auch die Verfügung setzt eine gesetzliche Ermächtigung voraus. Die Befugnis zum Erlass einer Verordnung berechtigt die kompetente Behörde im Interesse der Rechtsgleichheit nicht zum Erlass von Verfügungen [79]). Eine Verordnung darf auch nicht durch eine Summe von gleichlautenden Verfügungen ersetzt wer-

---

74) S. 3. Kapitel VIII, Ziff. 1 und X, Ziff. 3, lit. a.

75) SRB 621 ff.

76) Bei der Abwägung, ob man die Einführung der Handänderungssteuer als rechtssetzende Tätigkeit taxieren will oder nicht, sind ähnliche Erwägungen massgeblich wie bei der umstrittenen Frage nach der Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

77) Vgl. Art. 31 lit. e BV, wo von Verfügung die Rede ist, dabei wohl aber auch Verordnung gemeint ist. Ein weiteres typisches Beispiel für die Verwechslung: «Der Gemeinderat verordnet, gegenwärtige Verfügung soll öffentlich ausgekündigt werden».

78) Vgl. BGE 56 I 161 ff.

79) So kann z. B. eine Gemeinde gestützt auf ihre Zuständigkeit zum Erlass allgemeiner Baupolizeivorschriften nicht ohne spezielle rechtssatzmässige Grundlage bauliche Polizeiverfügungen erlassen. S. RBR 1926 112.

den [80]). Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich der Delegat durch eine Verordnung die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen schaffen kann.

Anderseits, was besonders für die schwyzerischen Gemeinden von Bedeutung ist, schliesst die Ermächtigung zum Erlass von Verfügungen nicht die Zuständigkeit zur Rechtssetzung in sich [81]). Ergeht gestützt auf eine Verfügungskompetenz eine Verordnung, so ist diese mangels einer entsprechenden Ermächtigung ungültig. Sie kann aber praktisch für den Einzelfall als Verfügung aufrecht erhalten bleiben [82]).

Unklar kann die Sache werden, wenn die Ermächtigung sich nicht eindeutig als Verordnung- oder Verfügungsbefugnis auslegen lässt [83]). Bisweilen wollte der Gesetzgeber mit der ermächtigenden Bestimmung auch beides [84]). Dabei ist jedoch die Behörde in der Wahl zwischen Verordnung und Verfügung nicht absolut frei. Wenn nämlich die Auslegung der Ermächtigungsnorm oder besondere Umstände der einen der beiden Lösungen nicht eine notwendige Bevorzugung geben, so wäre die Verordnung als die dem rechtsstaatlichen Prinzip adäquate Form vorzuziehen.

c) Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung.

Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung sind beides behördliche Erlasse zur Regelung bestimmter Verhältnisse. Die Rechtsverordnungen enthalten Rechtssätze [85]). Sie richten sich an die Bürger. Die Verwaltungsverordnungen dagegen wenden sich grundsätzlich anweisend und belehrend an die Behörden oder an einzelne Beamte [86]) und nicht rechtssatzmässig an den Bürger. Jene verfolgen unmittelbar den Zweck, die Rechtssphäre von Staat und Individuum oder von Individuum und Individuum abzugrenzen. Diese dagegen verfolgen das Ziel, die Verwaltung reibungslos in Gang zu halten [87]); sie stellen

---

80) S. Jellinek W., Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen, 263 ff.

81) S. BGE 63 I 11.

82) Vgl. unten 9. Kapitel II, Ziff. 3 den Fall betr. Einbürgerungsverweigerung der Gemeinde Galgenen.

83) So etwa § 3 der kantonsrätlichen Verordnung betreffend Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (SRB 1147): «Die Ausübung des Natur- und Heimatschutzes ist in erster Linie Sache der Gemeinderäte. Unterlassen diese die erforderlichen Massnahmen . . .»

84) Dies ist bisweilen der Fall bei der gesetzlichen Normierung, welche eine Behörde zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit verhält.

85) Entgegen der herrschenden Lehre bezeichnen die Anhänger der Wiener Schule auch die Verwaltungsverordnungen als Rechtserlasse. So Kelsen, Staatslehre 237.

86) Sie müssen daher im Unterschied zu den Rechtsverordnungen nicht publiziert werden. S. Fleiner 64, ferner Fleiner, Bundesstaatsrecht 412.

87) Der Erlass über die Einrichtung eines Behördenorganismus kann rechtssatzmässige Bestimmungen enthalten, nämlich dann, wenn das

Sätze auf, die unmittelbar nur die Verwaltung selbst treffen. Die Rechtsverordnungen haben zweiseitig verbindlichen Charakter. Sie verpflichten auch die erlassende Behörde zur strengen Beachtung ihrer Sätze [88]). Die Verwaltungsverordnung begründet im Gegensatz hiezu keine Verbindlichkeit der Verwaltung nach aussen. Der Bürger kann für sich die Behörde nur auf dem Umweg der Willkürbeschwerde zur Befolgung von Verwaltungsvorschriften anhalten [89]). Wesentlich verschieden sind auch die Voraussetzungen, die an das Verfahren und an die Legitimation zum Erlass der beiden Verordnungsarten gestellt werden: Einer besonderen Ermächtigung bedarf die erlassende Behörde nur zur Schaffung von Rechtsverordnungen, und nur diese müssen publiziert werden.

Zu den Verwaltungsverordnungen rechnet man jedoch nicht nur die an die Verwaltungsorgane adressierten Dienstvorschriften. Nach herrschender Lehre [90]) bezeichnet man als Verwaltungsverordnung auch jene allgemein gehaltenen Anweisungen, welche sich an Personen richten, die in besonderen, dem Beamtenverhältnis einigermassen ähnlichen Abhängigkeitsverhältnissen stehen. Dieses besondere Gewaltsverhältnis kommt namentlich durch freiwillige oder unfreiwillige Benützung einer Anstalt zustande. Entgegen den Rechtsverordnungen richten sich die Anstaltsreglemente nicht an die Bürger schlechthin, sondern an eine bestimmte Gruppe. Die Beschränkung des Adressatenkreises ist dabei nicht das einzige, vielleicht nicht einmal das hauptsächlichste Unterscheidungsmerkmal der Anstaltsvorschrift gegenüber der Rechtsverordnungsnorm. Wesentlich für den Verwaltungsverordnungscharakter ist, dass ein besonderes Gewaltverhältnis [91]) die Grundlage für die Ermächtigung gibt, um dem im betreffenden Abhängigkeitsverhältnis Stehenden Weisungen allgemeiner und individueller Art erteilen zu können [92]).

Nach dem Gesagten kann man die Verwaltungsverordnungen definieren als Erlasse mit Vorschriften, die auf Grund besonderer Gewaltverhältnisse seitens der Berechtigten an die Gewaltunterworfenen gerichtet sind.

---

der Behörde im Verkehr mit den Bürgern zustehende Imperium normiert wird. — Vgl. in diesem Zusammenhang auch Reichlin P. im Innerschweizer Jahrbuch für Heimatkunde, Band VII, 1943, 109 Anm. 3.

88) Fleiner 130. Vgl. auch ZBl 39 7.

89) Die Reflexwirkung der Rechtsgleichheit erweckt hier nur den Anschein der Verbindlichkeit. Sachlich begründete Abweichungen bedeuten dem Bürger gegenüber keine Rechtswidrigkeit. Es besteht in solchen Fällen höchstens die Verantwortlichkeit des Beamten gegenüber der vorgesetzten Stelle. S. Mayer O., II 286, Anm. 6.

90) S. Fleiner 66 und 165.

91) Ueber das «besondere Gewaltverhältnis» s. Fleiner 165 ff.

92) Demzufolge werden Uebertretungen von Verwaltungsvorschriften kraft der speziellen Disziplinargewalt und nicht strafrechtlich kraft der allgemeinen Strafgewalt geahndet.

Die praktische Unterscheidung zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnung ist bisweilen schwierig. Es ist schliesslich mehr oder weniger dem konstruktiven Belieben anheimgestellt, wo das allgemeine Gewaltverhältnis aufhören und ein besonderes anfangen soll. Es gibt Anstaltsformen, bei denen die Besonderheit des Verhältnisses zwischen der Anstaltsgewalt und dem Benützer offenkundig ist [93]). So sind etwa die Regulative eines öffentlichen Spitals oder einer öffentlichen Schule unschwer als publizistische Anstaltsordnungen und somit als Verwaltungsverordnungen zu erkennen [94]). Je lockerer jedoch die Beziehungen zu den Benützern werden und je unbestimmter und unbestimmbarer der Kreis der Benützer wird, desto grösser wird die Aehnlichkeit der betreffenden Reglemente mit den Rechtsverordnungen. Aus dem gleichen Gunde wie die Anstaltsreglemente sind auch Vorschriften, welche die Benützung öffentlicher Sachen ohne Anstaltscharakter regeln, nicht als Rechtsverordnungen, sondern als Verwaltungsverordnungen zu behandeln [95]). Es besteht in beiden Fällen das gleiche besondere Gewaltverhältnis.

Die Verwaltungsverordnungen sind in einzelnen Gemeinden sehr zahlreich [96]), viel zahlreicher als die Rechtsverordnungen. Auch in den Reglementen, die im folgenden Kapitel als Rechtsverordnungen ein-

---

93) Dort, wo zweifelhafte Fragen, die mit dem Anstaltsbegriff zusammenhängen, auftauchen, ist eine klare Lösung meist schwierig, da der juristische Begriff der öffentlichrechtlichen Anstalt sehr vag ist.

94) Weitere Beispiele von Anstaltsreglementen der Gemeinden: Wasserversorgungs-, Kehrichtabfuhr, Kanalisations-, Elektrizitätsversorgungs-, Staubbekämpfungs-, Suppenanstalts-, Turnhallenbenützungsreglemente usw. (Vgl. indes die rechtsverordnungsmässigen Kanalisations- und Kehrichtsabfuhrreglemente in den im 3. Kapitel sub II und III genannten Fällen.)

95) Auch die allgemeinen Anordnungen über die Benützung des öffentlichen Eigentums gehören ins Gebiet der Verwaltungsverordnungen. Es handelt sich beim Erlass dieser Vorschriften nicht etwa um die privatrechtliche Ausübung des Eigentumsrechts, da sie kraft imperium und nicht kraft dominium erlassen werden (vgl. hierüber auch Haab R., Kommentar zum ZGB, 2. Aufl., IV 291).
Als Beispiel sei in diesem Zusammenhang das Reglement betr. den Fremdentransport durch Kutscher, Kraftwagenführer und Schiffsleute von Brunnen erwähnt, welches den regierungsrätlichen Genehmigungsvermerk trägt. Dieses Regulativ enthält Mindesttarife für den Fremdentransport, denen jene Kutscher und Kraftwagenführer unterworfen sind, welche ihre Fahrzeuge auf öffentlichen Plätzen stationieren lassen. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 14. November 1930 ausdrücklich erklärt, dass dieses Reglement nicht als Rechtsverordnung zu taxieren sei. (Näheres darüber s. ZBl. 32 57 f). Ebenfalls keine Rechtsverordnungen sind die kommunalen Marktordnungen, die Regulative über die Benützung der Hafenanlagen und ähnliche Reglemente, welche die Benützung öffentlichen Eigentums betreffen.

96) Neben den in den beiden vorhergehenden Anmerkungen aufgeführten Verwaltungsvorschriften seien noch die Kaminfeger- und Totengräberreglemente genannt.

gehend behandelt werden, ist ein Grossteil der Bestimmungen als Verwaltungsvorschriften zu bezeichnen.

Wenn vorhin gesagt wurde, die publizistischen Anstaltsreglemente seien Verwaltungsverordnungen, so muss noch nachgetragen werden, dass dies nicht unbedingt in allen Fällen zutrifft. Es können in den Anstaltsordnungen auch Rechtssätze enthalten sein, nämlich dann, wenn gewisse Bestimmungen über den Anstaltszweck hinausgehen [97]). Rechtssätze und nicht Verwaltungsvorschriften stellen sodann jene Bestimmungen dar, welche einen Zwang zur Benützung von öffentlichen Anstalten begründen [98]).

3. Die Rechtserlasse der Gemeinden in der Terminologie des positiven Rechts.

Für die von den Gemeinden (oder ähnlichen publizistischen Verbänden) geschaffenen Rechtserlasse werden in der Literatur die synonymen Ausdrüke Statut und autonome Satzung gebraucht. Meist werden diese Termini wahllos für alle Rechtssetzungsprodukte der autonomen Körperschaften verwendet. M. E. ist es jedoch richtiger, die Bezeichnungen Statut und autonome Satzung in einem engern Sinn zu gebrauchen, d. h. ausschliesslich für die autonomen Rechtserlasse, welche kraft eigener Zuständigkeit und nicht gestützt auf eine Spezialdelegation geschaffen werden. Dagegen wären dann die auf einer besondern staatlichen Delegation beruhenden Rechtserlasse als Gemeindeverordnungen zu bezeichnen. Es fehlt auch nicht an Autoren, welche schlechthin alle rechtssetzenden Bestimmungen der Gemeinden als Verordnungen bezeichnen.

Mit der soeben umschriebenen Unterscheidung von autonomen Satzungen und Kommunalverordnungen ist ein Analogen zur Gegenüberstellung von Gesetz und Verordnung bei der staatlichen Rechtsschöpfung gegeben. Für die begriffliche Unterscheidung zwischen Gemeindestatut und -verordnung kann hier jedoch nicht, wie dies im allgemeinen bei der Gegenüberstellung von Gesetz und Verordnung im Rahmen der staatlichen Rechtssetzung der Fall ist, auf das erlassende Organ abgestellt werden, da in den Gemeinden im Gegensatz zum Staat die Gewaltentrennung nicht besteht [99]).

Eine unterschiedliche Benennung der beiden verschiedenen Arten der Kommunalerlasse im angeführten Sinn erscheint mir durchaus gerechtfertigt, ist doch, wenn man die rechtliche Legitimation ins Auge fasst, der Gegensatz evident. Im einen Fall handelt der autonome Ver-

---

97) Vgl. unten 3. Kapitel VI, die Begräbnisreglemente. S. auch Fleiner 337.

98) S. unten 3. Kapitel II und III. Vgl. ferner Fleiner 335.

99) Anders Giacometti 539, der die vom Gemeinderat erlassenen Rechtssetzungsprodukte als Verordnungen bezeichnet im Unterschied zu den von der Gemeindeversammlung erlassenen.

band kraft eigener Zuständigkeit, im andern ermächtigt durch staatliche Kompetenzverleihung. Von der staatlichen Rechtsverordnung unterscheidet sich die Gemeindeverordnung, wenn man nur die rechtliche Legitimation in Betracht zieht, gar nicht; der Gegensatz liegt im rechtlichen Charakter des Legitimationsempfängers. Bei der staatlichen Verordnung ist es eine staatliche (meist primär nicht zum Erlass von Rechtssätzen kompetente) Behörde, bei der Kommunalverordnung die Gemeinde als selbständige Körperschaft. Die Gemeindeverordnung steht der staatlichen Rechtsverordnung zugleich näher und ferner als der autonomen Satzung: Näher, weil beide nicht eigener Kompetenz, sondern einer delegierten Satzungsbefugnis entspringen; ferner, weil sie wie das Statut nicht von einer staatlichen Behörde, sondern von einem dem Staat eingegliederten Verband erlassen wird.

Faktisch ist die Unterscheidung Statut - Verordnung in dem Sinne, wie sie hier umschrieben wurde, im Kanton Schwyz üblich. Die Termini Statut [100]) und autonome Satzung sind nicht gebräuchlich, da ja alle Rechtserlasse der Gemeinden auf Spezialdelegation beruhen. Als gleichbedeutend wie der Ausdruck «Verordnung» werden auch die Titel «Ordnung», «Reglement» und «Regulativ» gebraucht. Manche kommunalen Rechtserlasse tragen sodann die Ueberschrift «Bestimmung» oder «Beschluss» [101]).

---

[100]) Der Ausdruck Statut wurde vor Inkrafttreten des ZGB für die örtlichen privatrechtlichen Erlasse gebraucht, als das Privatrecht weitgehend durch das sogenannte Statutarrecht geregelt war.

[101]) De lege ferenda sollte der Ausdruck «Beschluss» für die Verfügung reserviert bleiben. (Aehnlich auch R ü e g g 53 und SJZ 35 373.)

II. ABSCHNITT

3. Kapitel

Die einzelnen Fälle der Rechtssetzung

I. Die Bauordnungen.

1. Das Delegationsgesetz.

Das Baugesetz des Kantons Schwyz vom 1. Dezember 1899 hat in den §§ 1—3 die Befugnis zum Erlass von Baureglementen den Gemeinden übertragen. Die §§ 4 ff. dieses Gesetzes sodann befassen sich ausschliesslich mit formellen Bestimmungen über die Organisation der Baupolizeibehörden, über das Verfahren beim Erlass von Bauordnungen und Alignementsplänen, sowie über das Baugesuch-, Einsprache- und Rechtsmittelverfahren. Materiell-baurechtliche Vorschriften dagegen enthält das schwyzerische Baugesetz keine. Das Sachgebiet, das zur Schaffung lokaler Baurechtsnormen durch die Gemeinden freisteht, ist somit ein sehr grosses. Dies geht auch aus der Fassung der Delegationsklausel des kantonalen Rahmengesetzes von 1899 hervor:

«§ 1. Es wird den Gemeinden die Befugnis eingeräumt, für ihr ganzes Gebiet oder für einzelne Teile desselben folgende Bebauungspläne und Bauvorschriften mit allgemeiner Verbindlichkeit aufzustellen:

a) über einzuhaltende Bau- und Niveaulinien;

b) über Kanalisations-, Wasserversorgungs- und Beleuchtungsanlagen und Verteilung der daherigen Kosten;

c) über die Baupolizei;

d) über nachbarliche Verhältnisse, welche mit dem Bauwesen im Zusammenhang stehen;

e) über die Erstellung von Privatstrassen im Gebiet des Bebauungsplanes und deren Uebernahme vonseiten der Gemeinden.

§ 2. Die Bebauungspläne und Vorschriften über einzuhaltende Bau- und Niveaulinien sollen enthalten:

a) Die Baulinie und Höhenlage der bestehenden und projektierten öffentlichen Strassen und Plätze;

b) die Entfernung der zu erstellenden Bauten von der Strasse, welche Entfernung mindestens den Vorschriften über das Strassenwesen zu entsprechen hat;

c) die Niveaulinie der Bauten nach der Höhenlage der Strasse.

§ 3. Die Reglemente über die Baupolizei können enthalten:

a) Vorschriften im Interesse des Verkehrs und der soliden Erstellung und Instandhaltung der Bauten;

b) Vorschriften im Interesse der Gesundheitspolizei;

c) Vorschriften im Interesse der Feuerpolizei;

d) Vorschriften zur Verhütung von Verunstaltungen der Umgebung öffentlicher Bauten oder einer Häuserreihe oder der Baulinie durch unpassende Bauten;

e) Vorschriften, dass in der Nähe von benachbarten Gebäuden keine Gewerbe betrieben werden dürfen, die ihrer Natur nach der Umgebung, sei es durch Feuer- und Explosionsgefährlichkeit, Rauch, Ausdünstungen oder auf eine andere Weise, erheblich belästigen;

f) Vorschriften zum Schutze von Baum- und Zierpflanzen an öffentlichen Strassen und Plätzen».

2. Verschiedene Spezialpunkte.

a) Baupolizeirecht und bauliches Nachbarrecht.

aa) Die Unterscheidung zwischen Baupolizeirecht und baulichem Nachbarrecht im allgemeinen.

Die Rechtssätze, die Baurecht[1]) enthalten, finden sich in den verschiedenen Erlassen des Bundes, des Kantons und der Gemeinden. Diese Bauvorschriften sind teils öffentlichrechtlich, teils privatrechtlich. Im ersten Fall sprechen wir von Baupolizeirecht, im letzteren von nachbarrechtlichem Baurecht.

Wie nun für die Unterscheidung von publizistischem und zivilem Baurecht vorzugehen sei, ist strittig, wie denn überhaupt eine scharfe Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht problematisch ist. Das Kriterium des sachlichen Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Baurecht muss gestützt auf die allgemeinen Verwaltungslehren gesucht werden[2]). Um zu einer annehmbaren Lösung zu gelangen, ist so vorzugehen, dass man sich fragt, in wessen Interesse und zu welchem Zweck eine bestimmte Norm gesetzt wurde und wer infolgedessen als Berechtigter erscheint, der Nachbar oder

---

[1]) «Unter Baurecht im allgemeinen werden einfach die sämtlichen in der Gesetzgebung enthaltenen Vorschriften über das Bauen zusammengefasst» (Müller und Fehr 3).
Die materiellen Baurechtsnormen stellen Beschränkungen des Inhalts des Eigentumsrechts dar in dem Sinne, dass ein Grundeigentümer sein Recht in bestimmter Richtung nicht ausüben darf oder sich Eingriffe in dasselbe gefallen lassen muss.

[2]) Fleiner 45 ff.

das Gemeinwesen. Schützt der Rechtssatz die Interessen der Gemeinschaft, so gehört er dem öffentlichen Recht an; soll er dagegen die koordinierten Interessen der Grundeigentümer wahren, so ist er eine privatrechtliche Vorschrift. Dabei kommt es nicht so sehr darauf an, zum Schutz welcher Interessen sich eine Norm tatsächlich gerade auswirkt, sondern es ist bei der Auslegung vom Standpunkt des Gesetzgebers auszugehen, indem man von dessen Gesichtspunkt aus nach dem Zweck der Norm und nach der Person der Beteiligten, sowie ihrer Stellung als solcher im Hinblick auf die gegenseitige Koordination oder Ueber- und Unterordnung fragt.

Die praktische Verschiedenheit zwischen den privatrechtlichen und den öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen lässt sich in mannigfacher Weise erkennen. Während das Baupolizeirecht zwingenden Charakters ist, kann die Anwendung der privatrechtlichen Bauvorschriften durch die Beteiligten ausgeschaltet werden. Baupolizeiliche Mängel sind von amteswegen zu beheben, nachbarrechtliche Gesetzeswidrigkeiten dagegen erst auf Klage des benachteiligten Grundeigentümers hin [3]). Verschieden sind auch die Legitimation und das Verfahren bei Einsprachen infolge Zuwiderhandlungen gegen öffentlichrechtliche Baubeschränkungen einerseits und privatrechtliche anderseits. Bei Verletzung zivilrechtlicher Baunormen ist die Einspracheberechtigung beschränkt auf die Eigentümer der benachbarten Liegenschaften. Viel weiter geht der Kreis der Einsprache-Legitimierten gegen Verletzung publizistischer Bauvorschriften [4]). Hier ist jeder zur Einsprache berechtigt, der ein Interesse nachweist [5]). Während für Klagen wegen Verletzung baulichen Nachbarrechts der Zivilrichter zuständig ist [6]),

---

[3]) M. E. irreführend ist die Stellungnahme des Regierungsrates im RRB Nr. 2195 vom 29. September 1944, wo dem Gemeinderat vorgeschlagen wird, eine Bestimmung des Inhaltes in das Baureglement aufzunehmen, dass auch die Uebereinstimmung des Bauvorhabens mit der zivilrechtlichen Baugesetzgebung durch die Polizeibehörde (Gemeinderat) von amteswegen zu überprüfen sei. Gestützt darauf wurde Art. 31 der Lachner Bauordnung folgende Fassung gegeben: «Der Gemeinderat prüft die Baueingabe nicht nur auf die Uebereinstimmung mit der Bauordnung, sondern auch mit der gesamten Baugesetzgebung, auch der zivilrechtlichen. Er hat die Genehmigung des Bauprojektes zu versagen, wenn die Lage der Baute oder Teile des Baues der Bauordnung oder einer zivilrechtlichen Vorschrift widersprechen . . .» — Es ist indes nicht angängig, dass die Baupolizeibehörde sich an die Stelle des Nachbars setzt und die Beobachtung der Nachbarrechtsvorschriften erzwingt.

[4]) Die Einsprache an die erstinstanzliche Administrativbehörde hat allerdings nur untergeordnete Bedeutung, da ja baupolizeiliche Mängel von amteswegen festzustellen und zu beseitigen sind. Wichtig wird die Einsprachemöglichkeit dagegen im Rekursverfahren wider eine erstinstanzlich erfolgte Baubewilligung.

[5]) So hat z. B. auch der Mieter ein Einspracherecht bei Zuwiderhandlungen gegen baupolizeiliches Recht, während das Nachbarrecht nur den anstossenden Grundeigentümer zur Klage legitimiert.

[6]) RBR 1926 116 und 1934 122 f.

müssen baupolizeiliche Einsprachen auf dem Administrativprozessweg geltend gemacht werden [7]). Kennzeichnend für das Baupolizeirecht sind schliesslich auch die Repressivmassregeln (Exekutions- und Strafvorschriften), die nur diesen und nicht den privatrechtlichen Baunormen eigen sind.

Es gibt allerdings auch, und dies mag verwirrlich erscheinen, Voraussetzungen, welche die nämliche Person sowohl zur privatrechtlichen Inhibition, als auch zur öffentlichrechtlichen Einsprache legitimieren. Es kommt nämlich vor, dass das Privatrecht und das öffentliche Recht für einen bestimmten Tatbestand die gleichen oder ähnliche Regeln aufstellen [8]). In den Fällen, in denen den Nachbarrechtsvorschriften analoge baupolizeiliche Normen erlassen werden, ist eine Intervention durch die Verwaltungsbehörde auch möglich, wenn die Klageberechtigten nicht einschreiten [9]).

Die Schwierigkeiten, die einer klaren Unterscheidung zwischen zivilem und publizistischem Baurecht im Wege stehen, rühren daher, dass die öffentlichen und privaten Zwecke und Interessen oft ineinander übergehen und schwer zu trennen sind. Dort, wo eine Ausscheidung nach materiellen Kriterien nicht möglich ist, bleibt nichts anderes, als auf ein formales Kriterium abzustellen. Im Zweifelsfalle, also dann, wenn eine Ausscheidung dem Inhalt nach unmöglich erscheint, sind die baulichen Vorschriften als solche des Privatrechts zu werten, sobald ihnen der Erlass formell zivilrechtlichen Charakter verleiht [10]). Andernfalls, wenn die baurechtliche Norm nicht durch eine formell privatrechtliche Kodifikation zustandegekommen ist, liegt eine öffentlichrechtliche Bestimmung vor.

bb) Können die Gemeinden auch zivilrechtliche Baunormen erlassen?

Grundsätzlich ist die positive Rechtslage so, dass das Zivilrecht durch die Gesetzgebung des Bundes geregelt ist, während die Normierung des publizistischen Baurechts den Kantonen, bzw. den Gemeinden zusteht [11]). Dieses Grundprinzip ist jedoch mannigfach durchbrochen.

---

[7]) SRB 1222 Anm. 4, sowie die zahlreichen dort erwähnten Entscheide; ferner BGE 42 I 206, 47 II 109, 53 I 399, 59 I 79, ZBL 30/219.

[8]) Dies trifft namentlich bezüglich Bauabstand und Immissionsverbot zu. Dabei haben die zivilrechtlichen und die öffentlichrechtlichen Vorschriften selbständig und unabhängig voneinander Geltung.

[9]) vgl. Haab R., Kommentar zu Art. 680 ZGB, Note 7.

[10]) Formell zivilrechtlichen Charakter haben die Bauvorschriften des ZGB und des EG dazu. Sodann erlassen, wie nachfolgend noch näher ausgeführt wird, auch die Gemeinden bisweilen Baurechtssätze mit privatrechtlichem Attribut.

[11]) Diese kantonale Zuständigkeit ergibt sich aus der Kompetenzverteilung der BV, nach welcher die Kantone zuständig sind, soweit nicht die BV eine Kompetenz dem Bund zuweist (Fleiner, Bundesstaatsrecht 41 ff.). Die kantonale Kompetenz zur Aufstellung publizistischer Bauvorschriften basiert also nicht etwa auf Art. 702 ZGB, welcher bloss deklaratorische Wirkung hat. S. BGE 41 I 483, 57 I 211, 64 I 206; RBR 1934 120; ZBl 38/73.

Tatsächlich enthält das Bundesrecht auf der Grundlage besonderer verfassungsmässiger Spezialermächtigungen eine Reihe von Bestimmungen, welche als publizistisches Baurecht anzusprechen sind [12]), und die Kantone sind gemäss Art. 686 ZGB zum Erlass von Regeln des privatrechtlichen Baurechts ermächtigt. Von dieser bundesrechtlichen Kompetenzerteilung hat der kantonale Gesetzgeber in den §§ 143 ff. EG zum ZGB Gebrauch gemacht.

Es stellt sich nun die Frage, ob die ausserhalb des EG zum ZGB erlassenen baulichen Anordnungen der kantonalen und, was hier zur Diskussion steht, der kommunalen Satzung ausnahmslos publizistischen Charakter haben.

Tatsächlich ist die Kompetenz der Gemeinden zum Erlass privatrechtlicher Baunormen nach dem Wortlaut von § 1 lit. d des Baugesetzes gegeben. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass das Baugesetz im Jahre 1899 geschaffen wurde, also zu einer Zeit, da die Kodifikation des Privatrechts noch als kantonale Obliegenheit durch die Rechtsquellen der Bezirke und Gemeinden und durch einzelne kantonale Gesetze und Verordnungen in ziemlich unübersichtlicher Weise geordnet war. Es fragt sich nun, ob § 1 lit. d des Baugesetzes durch das Inkrafttreten des ZGB und des EG dazu implicite derogiert worden ist. Auf alle Fälle kommen seit 1912 nachbarrechtliche Baunormen der Gemeinden höchstens noch soweit in Frage, als die kantonale Zivilgesetzgebung im Rahmen der bundesrechtlichen Ermächtigung diesbezüglich Lücken offen lässt. Es besteht jedoch durchaus Grund zur Annahme, dass der kantonale Zivilgesetzgeber bei der Regelung des Nachbarrechts diese Materie, soweit der Rahmen des ZGB dazu Raum bot, ganz und ausschliesslich an sich ziehen wollte und damit § 1 lit. d des Baugesetzes aufhob. Ich halte dafür, dass die kantonale Gesetzgebung mit der Ordnung des Nachbarrechts die Kompetenz der Gemeinden zum Erlass privatrechtlicher Bauvorschriften ausgeschaltet hat [13]).

---

12) Aus folgenden Artikeln der BV lassen sich für den Bund Befugnisse zu Anordnungen, welche öffentlichrechtliche Baubeschränkungen enthalten können, ableiten: 20, 23, 23 bis, 24, 24 bis, 24 ter, 26, 34, 34 ter und 69 bis. Gestützt darauf liegen u. a. folgende Bundesgesetze und -verordnungen vor: 1) Das Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914, sowie die in Ausführung dieses Gesetzes erlassene bundesrätliche Verordnung vom 3. Oktober 1919. 2) Die Verordnung betr. Aufstellung und Betrieb von Dampfkesseln und Dampfgefässen vom 9. April 1925. 3) Das Gesetz betr. Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902. 4) Die Verordnung betr. das Schlachten, die Fleischschau und den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 8. Dezember 1905.

13) Während die alten Baureglemente der Gemeinden Küssnacht und Schwyz aus den Jahren 1904 und 1905 noch eine ganze Reihe materiell privatrechtlicher Vorschriften in eigenen Abschnitten und Untertiteln anführten, haben die neuen Verordnungen von Küssnacht und Schwyz keine privatrechtlichen Bestimmungen mehr auf-

Trotzdem haben die Gemeinden gestützt auf die Delegation des Baugesetzes von 1899 auch in neuester Zeit immer wieder Bestimmungen unter privatrechtlicher Flagge aufgeführt [14]). Soweit es sich dabei jedoch nicht einfach um Verweisungen auf Vorschriften des EG zum ZGB oder um wörtliche Abschreibungen des kantonalen Gesetzestextes handelt, sind fast alle jene Bestimmungen, welche die Gemeindeverordnungen als nachbarrechtliche bezeichnen, trotz ihres irreführenden privatrechtlichen Tarnanstrich unschwer als solche des öffentlichen Rechts zu erkennen. So werden publizistische Vorschriften über das Immissionsverbot und über die Festlegung der baulichen Grenzabstände irrtümlicherweise nicht selten als nachbarrechtliche bezeichnet, obgleich sie eindeutig öffentlichrechtlichen Charakter haben. Der privatrechtliche Immissionsschutz wird durch das Bundesrecht in Art. 684 ZGB abschliessend geordnet [15]). Desgleichen können die Gemeinden anstelle der im EG zum ZGB vorgesehenen Bauabstände auf privatrechtlicher Basis nicht eine anderslautende Regelung treffen [16]). Sie sind dagegen befugt, gestützt auf die Ermächtigung des Baugesetzes öffentlichrechtliche Vorschriften sowohl über den Immissionsschutz als auch über die Bauabstände zu erlassen, wobei der zivilrechtliche Immissionsschutz und der öffentlichrechtliche Immissionsschutz, wie auch die zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Abstandsvorschriften, in völliger Selbständigkeit und Unabhängigkeit einander gegenüberstehen.

Kommunale Baunormen mit wirklich privatrechtlichem Inhalt konnte ich ausser in der Bauordnung der Gemeinde Lachen nirgends finden. Art. 71 Abs. 2 des Lachner Baureglements sieht die Zulässigkeit von Schadenersatzansprüchen vor, wenn infolge eines Neubaus einem Gartenlandstück Sonnenlicht entzogen wird. Der privatrechtliche Charakter dieser Bestimmung ist offenkundig. Gegen die Gültigkeit dieses kommunalen Privatrechtssatzes, des einzigen dieser Art, ist jedoch der oben dargelegte Einwand anzubringen, dass seit 1912 die Regelung des baulichen Nachbarrechts, soweit die Zivilgesetzgebung des Bundes hierüber freie Bestimmungsmöglichkeiten zulässt, dem kantonalen Gesetzgeber vorbehalten ist. Zu dieser Erkenntnis führt neben der oben dargelegten Erwägung auch eine sinngemässe Auslegung von § 158 EG zum ZGB, wo zu Gunsten der kommunalen Reglementierung nur

---

genommen (vgl. auch ZBl. 6/66). Ebenso enthält die neue Bauordnung der Gemeinde Arth, welche die gleiche Einteilung aufweist wie die alte aus dem Jahre 1907, keine nachbarrechtlichen Bestimmungen mehr, sondern verweiste im entsprechenden Untertitel lediglich auf die Zivilgesetzgebung des Bundes und des Kantons.

14) z. B. Bauordnung der Gemeind Lachen vom 26. April 1943 Art. 67—71; Bauordnung des Bezirks Einsiedeln (1939) Art. 14; Bauverordnung der Gemeinde Oberiberg vom 7. Sept. 1927 § 12.

15) Haab a. a. O. 435, sowie SJZ 13/96.

16) vgl. ZBl 33/357 und 28/66.

für baupolizeiliche und nicht für nachbarrechtliche Vorschriften ein Vorbehalt gemacht wird [17]).

b) Einzelanordnungen, die von den objektiven Baunormen abweichen.

aa) Die Gewährung von Ausnahmebewilligungen.

Es untersteht keinem Zweifel, dass auch im Bereiche des öffentlichen Rechts in besondern Fällen ein Verzicht auf die Einhaltung bestimmter Vorschriften möglich ist [18]). Zur Gewährung einer Ausnahmebewilligung muss sich die dispensierende Behörde stets auf einen Rechtssatz berufen können [19]). Die Befugnis der Gemeinden zur Aufstellung derartiger Dispensationsbestimmungen kann vernünftigerweise nicht in Abrede gestellt werden, denn eine starre Anwendung der baupolizeilichen Rechtsregeln würde zu Unzukömmlichkeiten und Härten führen wie kaum in einem andern Rechtsgebiet.

Die meisten schwyzerischen Baureglemente räumen dem Gemeinderat das Recht zur Erteilung von Ausnahmebewilligungen ein. Diese Kompetenzerteilung kann allgemein gehalten sein [20]), in den meisten Reglementen wird aber das Recht zur Dispenserteilung an gewisse näher umschriebene Voraussetzungen geknüpft [21]).

bb) Eigentumsbeschränkende Verfügungen, die über die dem Grundeigentümer obliegenden baupolizeilichen Normalpflichten hinausgehen.

Neben der Möglichkeit zur Erteilung von Ausnahmebewilligungen, die gegenüber den Regelvorschriften eine Erleichterung bedeuten, steht gemäss einigen Baureglementen dem Gemeinderat auch das Recht zu, allgemeinverbindliche Anordnungen, welche für den Normalfall das Höchstmass der dem Bürger obliegenden Pflichten festsetzen, unter gewissen Voraussetzungen zu erweitern [22]). Solche Ermächti-

---

17) § 158 des EG zum ZGB stellt keine Delegationsnorm zu Gunsten der kommunalen Rechtssetzung dar. Er hat ähnlich wie Art. 702 ZGB (s. Anm. 11; vgl. auch Art. 6 Abs. 1 ZGB) deklaratorische Bedeutung.

18) Man denke z. B. an ein Analogen im Strafrecht: Die Begnadigung.

19) ZBl. 10/187 und 39/1 ff.

20) So in der Bauordnung der Gemeinde Lachen Art. 22: «Der Gemeinderat kann Ausnahmen von den Bestimmungen der Bauverordnung bewilligen, sofern besondere Verhältnisse privater oder öffentlicher Natur vorliegen.»

21) Z. B. Ausnahmebewilligungen «für künstlerische Verzierungen» gem. Art. 20 Abs. 3 des Baureglements von Einsiedeln, oder «nach Brandfällen» gem. § 8 der Bauordnung Oberiberg. Aehnliche Voraussetzung für Dispenserteilungen finden sich in den Bauordnungen folgender Gemeinden: Schwyz § 4 Abs. 2, Ingenbohl §§ 8 und 15, Arth § 4 Abs. 2 und Küssnacht Art. 10.

22) Z. B. Art. 58 der Bauverordnung der Gemeinde Lachen: «In Lokalen, in denen Versammlungen, Anlässe oder öffentliche Vorführungen stattfinden, kann der Gemeinderat besondere Vorschriften über Ventilation und Raumverhältnisse aufstellen.» Oder § 8 der Bauverordnung der Gemeinde Ingenbohl: «. . . Bei vorhandenem Verkehrsbedürfnis oder aus andern öffentlichrechtlichen Gründen können diese Masse aber auch ausgedehnt werden . . .»

gungsklauseln erscheinen deshalb angezeigt, weil die Höchst- und Mindestmassbestimmungen, welche im allgemeinen den vorliegenden Verhältnissen entsprechen, in einzelnen Fällen den öffentlichen Bedürfnissen nicht genügen. Ihrer Natur nach ohnehin schon kasuistisch genug, können die Baureglemente eben nicht für jeden möglichen Tatbestand die passende Ordnung treffen. Die Ermächtigungsklausel darf aber nicht so gehalten sein, dass sie als Blankovollmacht der Administrativbehörde eine unbeschränkte Verfügungsmacht über alle Vorschriften der Bauverordnung hinweg einräumt, sondern sie muss die Anwendungsfälle näher umschreiben. Eine zu weit gehende Kompetenzerteilung an die Verwaltungsbehörde würde gegen den Grundsatz von der gesetzmässigen Verwaltung verstossen. Im übrigen müssen selbstverständlich die einschränkenden behördlichen Verfügungen im einzelnen Anwendungsfall sachlich begründet sein.

c) Baupolizeiliche Anordnungen und Entschädigungspflicht.

Die gestützt auf das Baugesetz erfolgten Beschränkungen der Baufreiheit begründen keine Entschädigungspflicht. Dieser in § 10 des Baugesetzes enthaltene Grundsatz, der auch in einzelne Baureglemente ausdrücklich aufgenommen wurde, hätte auch ohne positive Formulierung Geltung, denn die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum nur mit dem Inhalt, der sich aus der jeweiligen objektiven Rechtsordnung ergibt. Eine Entschädigungspflicht ist anerkanntermassen nur dann gegeben, wenn ein Rechtssatz die Schadloshaltung durch das Gemeinwesen vorsieht [23]). Die Anerkennung einer allgemeinen Schadenersatzpflicht für Nachteile, die den Grundeigentümern aus baupolizeilichen Vorschriften erwachsen, würde dem Staat und den Gemeinden untragbare Lasten aufbürden, sodass die im öffentlichen Interesse gebotenen Baubeschränkungen als zu kostspielige Rechtssätze weitgehend preisgegeben werden müssten.

Nicht nur bezüglich der in den Baureglementen umschriebenen Einschränkungsnormen selber, sondern auch bezüglich der auf diesen Vorschriften beruhenden Einzelanordnungen wird die Entschädigungspflicht verneint, soweit diese Verfügungen für alle andern gleichartigen Bauten ebenfalls zur Anwendung kommen. Anders dagegen liegt der Fall, wenn durch behördlichen Verwaltungsakt gestützt auf eine baupolizeiliche Vorschrift einem oder einzelnen Grundeigentümern bestimmte Rechte entzogen werden, derweil die gleichartigen Rechte der Nachbarn unangetastet fortbestehen. In diesem Fall liegt ein expropriationsähnlicher Tatbestand vor, der eine Ersatzpflicht begründet [24]).

---

[23]) So BGE 26 II 509, 30 I 66, 31 II 543, 36 II 214 und 307, 38 II 389, 47 II 511, 42 I 207, 56 I 272, 60 I 271, 69 I 241; frühere andersiautende Urteile BGE 15 739, 17 574. Vgl. auch Jenny F., Wandlungen d. Eigentumsbegriffs, ferner ZBl 10/187, 11/30 und 179, 33/360, 44/387, sowie Oswald 497 f.

[24]) So begründet z. B. eine Eigentumsbeschränkung gem. § 8 der Ingen-

Unter Umständen ist die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung von der Expropriation nur schwer zu unterscheiden. Dies namentlich in den Fällen, bei welchen die schädigende Beschränkung erst auf Grund eines deklaratorischen Verwaltungsaktes wirksam wird [25]). Der Unterschied zwischen der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung und der Expropriation wird in der Theorie folgendermassen umschrieben: Bei der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung handelt es sich um eine generelle Umschreibung des Eigentumsinhaltes, wogegen die Enteignung dadurch gekennzeichnet ist, dass durch obrigkeitlichen Akt im öffentlichen Interesse ein nach der geltenden Eigentumsordnung bestehendes Recht beschränkt oder dem Berechtigten ganz entzogen wird [26]).

Eine weitere als die eben angeführte Umschreibung des Expropriationsbegriffes liegt der bundesgerichtlichen Praxis zu Grunde. Danach wird unter Umständen ein rechtsanwendendes polizeiliches Gebot oder Verbot, welches der Form nach als gesetzliche Eigentumsbeschränkung erscheint, materiell als Enteignung gewertet. Das trifft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann zu, «wenn dem Eigentümer ein bisher rechtmässig ausgeübter oder wirtschaftlich verwerteter Gebrauch der Sache untersagt wird, oder wenn das Verbot die Benützung der Sache in ausserordentlich hohem und empfindlichem Masse einschränkt und dabei ausnahmsweise ein einziger oder einzelne wenige Eigentümer so getroffen werden, dass diese ein allzu grosses Opfer bringen müssten, sofern sie keine Entschädigung erhielten» [27]). Dieser Standpunkt des Bundesgerichts, das seiner Rechtsprechung den elastischen Begriff der «materiellen Enteignung» zu Grunde legt, ist geeignet, die Härten des Grundsatzes, welcher eine Entschädigung nur in den gesetzlich bestimmten Fällen vorsieht, zu mildern. Damit ist zweifelsohne den praktischen Verhältnissen besser gedient, als dies bei einer starren Anwendung des Prinzips der Fall wäre, welches nur in den eigentlichen formellen Expropriationsfällen eine Schadloshaltung vorsieht. Zugleich werden so auch jene Bestrebungen in Schranken gehalten, die auf dem Umweg baupolizeilicher Erlasse den Inhalt der Eigentumsgarantie weitgehend illusorisch machen möchten.

d) Baupolizeirecht und Eisenbahnen.

Es gibt örtliche Baureglemente, die ausdrücklich bemerken, dass die Gemeindebauvorschriften für die Eisenbahnen nicht anwendbar

---

bohler Bauordnung (s. vorgängig Anm. 22) eine Entschädigungspflicht, wenn ein Eingriff in das Eigentum vereinzelter Liegenschaftseigentümer vorliegt. Dagegen erfolgt aus der Anordnung der Baupolizeibehörde, welche sich auf Art. 58 der Bauverordnung von Lachen stützt (s. Anm. 22), kein Ersatzanspruch. Vgl. auch BGE 69 I 242.

25) Beispiele: BGE 54 I 255 und 69 I 232.

26) Fleiner 294 ff.; Kirchhofer, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, ZSR NF 58, Heft 2.

27) BGE 69 I 241 f.

sind. Der Regierungsrat hat anlässlich eines Genehmigungsbeschlusses [28]) dargetan, dass eine Unterstellung der Bahnbauten unter die lokalen Bauvorschriften nicht in Frage komme.

Zur Beantwortung der Kontroverse, ob die kantonalen bzw. kommunalen Baupolizeivorschriften auch auf Eisenbahnbauten Anwendung finden oder nicht, muss die Bundesverfassung als massgebende Grundlage dienen, da es sich um einen Fall der Kompetenzausscheidung zwischen dem Bund und den Kantonen handelt. Art. 26 BV legt fest, dass die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen Sache des Bundes sei. Gestützt auf diesen Verfassungsartikel bestimmt das Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Juli 1872 in Art. 14 folgendes: «Der Bauplan ist dem Bundesrat in seiner Gesamtheit zur Genehmigung vorzulegen. Diese ist namentlich erforderlich für das Bahntracé, die Stationen samt Einrichtung, sowie für sämtliche grösseren Bauobjekte, einschliesslich der wichtigeren Hochbauten. Die Gesellschaften sollen jeweilen vor Beginn der Bauarbeiten die nötigen Planvorlagen machen. Nachherige Abweichungen von diesen Plänen sind nur nach neuerdings eingeholter Genehmigung gestattet. Der Bundesrat wird den betreffenden Kantonsregierungen und durch deren Vermittlung auch den Lokalbehörden Gelegenheit geben, bezüglich des Tracé, der Gestaltung der Wegübergänge, der Lage der Stationen und der Verbindungsgeleise usw. ihre Interessen geltend zu machen. Der Bundesrat wird dabei seinerseits die militärischen Interessen wahren». Soll nun die Bundesgesetzgebung den Sinn haben, dass die Anwendung der Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei der Kantone auf die Eisenbahnen ausgeschlossen sei? Die Beantwortung dieser Frage hat seiner Zeit eine lebhafte Auseinandersetzung in den schweizerischen Fachzeitschriften hervorgerufen, auf die hier nicht im Einzelnen einzutreten ist. Von der einen Seite aus wird betont, Art. 26 BV gebe dem Bund nicht das Recht, über die kantonalen Baupolizeivorschriften einfach hinwegzuschreiten. Der Verfassungsgesetzgeber habe einzig den Zweck verfolgt, dem Bund den im Interesse der Gesamtheit erforderlichen Einfluss auf das Eisenbahnwesen zu verschaffen, da die Kantone infolge ihrer territorialen Beschränktheit ihre Kompetenzen nur unvollkommen hätten ausüben können. Zweck des Verfassungsartikels sei aber keineswegs, die Eisenbahnen der kantonalen Gewalt zu entziehen [29]). Diesem Standpunkt schroff entgegengesetzt ist die vorherrschende Auffassung, welche zum Schluss gelangt, dass nach dem Wortlaut des Art. 26 BV die kantonalen Bauvorschriften für den Bau und Betrieb von Eisenbahnen keine Geltung beanspruchen können [30]).

---

[28]) RRB Nr. 2195 vom 29. September 1944.

[29]) So Weibel ZSR 5/342 ff. Die gleiche Ansicht wie Weibel vertritt auch der Stadtrat Zürich in einem Gutachten über die Handhabung der Baupolizei vom 22. Okt. 1898. Gegen die baupolizeiliche Exterritorialität der Bahnen wenden sich ferner Wyss im ZBl 5/135 und Burckhardt 221.

[30]) In diesem Sinne: Im Hof im ZBl 6/45 ff.; Streuli, Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet des

Die Praxis der Bundesbehörden hat sich eindeutig der zuletzt angeführten Auffassung angeschlossen. So erklärte der Bundesrat in einem Fall aus dem Jahre 1904 [31]), das Eisenbahngesetz würde ihm gestatten, die kantonalen Vorschriften überhaupt zu ignorieren. Das besondere Verfahren für die Plangenehmigung bei Eisenbahnbauten erscheint zwar durchaus gerechtfertigt, es geht aber m. E. doch zu weit, wenn der Bundesrat sich für befugt erklärt, selbst ohne wichtige, im Interesse der Gesamtheit liegende Gründe die polizeilichen Vorschriften der Kantone zu ignorieren. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Kantone und Gemeinden ein berechtigtes und schützenswertes Interesse an der Einhaltung gewisser bau- und feuerpolizeilicher Bestimmungen auch bei Bahnbauten haben, dies umsomehr, als das Bundesrecht keine Vorschriften kennt, die materielles Bau- oder Feuerpolizeirecht enthalten. Eine allgemeine Formel dafür, in welchem Masse die kantonalen polizeilichen Interessen zu berücksichtigen wären, lässt sich allerdings, wie Burckhardt [32]) ausführt, kaum finden.

Es sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt, dass nach der herrschenden Praxis nur jene Bauten, welche mit dem Bahnbetrieb (sowohl der Bundesbahnen als auch aller andern Bahnen) in unmittelbarem Zusammenhang stehen, von der Unterwerfung unter die kantonalen Baugesetze und die Bauordnungen der Gemeinden befreit sind [33]). Für Gebäude, die keinen direkten Konnex mit dem eigentlichen Bahnbetrieb aufweisen, gelten die kantonalen und lokalen Vorschriften, wie dies auch für die Postgebäude, Zeughäuser usw. der Fall ist, denn es gibt kein eidgenössisches Baugesetz, auch nicht für Bauten des Bundes.

3. Vergleichendes.

a) Die Verschiedenheit des Umfangs der baulichen Eigentumsbeschränkungen in den einzelnen Gemeinden.

Nur ein Teil der Gemeinden hat auf Grund des kantonalen Baugesetzes lokale Reglemente erlassen [34]). In den Gemeinden mit rein ländlichem Charakter scheinen sich besondere baupolizeiliche Regelungen nicht aufzudrängen; man begnügt sich mit den geltenden zivilen und publizistischen Baunormen des eidgenössischen und kantonalen Rechts. In den grösseren Ortschaften dagegen hat sich die Schaffung lokaler Bauordnungen als Notwendigkeit erwiesen [35]).

Eisenbahnwesens, Diss. Leipzig 1907; Fleiner, Bundesstaatsrecht 475, 590 und 660; Ruck II 145 f.

31) BBl 1904 IV 575 ff.; vgl. ferner BBl 1882 II 201 ff. und III 414, 1895 III 957 ff., 1901 III 719.

32) Burckhardt 221.

33) s. ZBl 31/389 ff. und 43/414 ff.

34) Folgende Gemeinden haben Baureglemente erlassen: Schwyz (1929), Arth (1931), Ingenbohl (1924), Oberiberg (1927), Lachen (1943/44), Einsiedeln (1939) Küssnacht (1923), Wollerau (1940), Freienbach (1941).

35) So konnte z. B. in Goldau gegen die Errichtung eines Gewerbebetriebes nicht polizeibehördlich eingeschritten werden, obschon dessen Einrichtung und Ausübung das Gemeininteresse offenkundig

Die grundsätzliche Verschiedenheit der Stellung zwischen einem Baulustigen in einer Gemeinde mit Bauvorschriften und einem solchen in einer Gemeinde ohne Baureglement ist evident. Der letztere kann auf seinem Grund und Boden ohne weitere Vorkehrungen bauen. Für den ersteren dagegen bedeutet die Bauordnung das allgemeine Verbot, dass ohne ausdrückliche Bewilligung nicht gebaut werden darf. Es muss ein Baugesuch gestellt werden und erst mit Erlaubnis der Polizeibehörde [36]) darf mit dem Bau begonnen werden. Gemäss § 16 des Baugesetzes können freiwilligerweise aber auch jene, die in Gemeinden ohne Bauordnung ein Gebäude errichten wollen, sich den in den §§ 13—15 des Baugesetzes festgelegten Bestimmungen (Publikation des Bauvorhabens, Errichtung eines Lattengespanns usw.) unterziehen. Es ist zu bedenken, dass das Baubewilligungsverfahren nicht zuletzt zum Vorteil des Bauenden ist, weil für ihn damit das Risiko nachträglicher Einsprachen behoben wird. Pläne lassen sich jeweils leichter ändern als bereits ausgeführte Bauten [37]).

Aber auch zwischen den einzelnen Gemeinden, die von der Befugnis zum Erlass von Bauvorschriften Gebrauch gemacht haben, bestehen, wenn man die eigentumsbeschränkenden Bestimmungen der verschiedenen Baureglemente in Betracht zieht, auffallende Unterschiede in Bezug auf den Umfang dieser Einschränkungen. Die Anforderungen, welche an die Baulustigen gestellt werden, sind in materieller Hinsicht nach einigen Bauordnungen zahlenmässig und inhaltlich ziemlich gering [38]). Andernorts dagegen greift eine die Rechte der Grundeigentümer teilweise stark einschneidende Regelung Platz [39]).

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass die kommunalen Bauordnungen keineswegs die einzige Reglementierung über das im Kanton Schwyz geltende Baurecht darstellen. Die Gesetzgebung des Bundes und des Kantons, welche eine ganze Reihe baupolizeilicher Rechtsätze erlassen haben, dürfen nicht übersehen werden. Es ist klar, dass diese Bestimmungen, welche für alle Gemeinden Geltung haben, den Ortsregulativen vorgehen. Neben den bereits erwähnten eidgenössischen [40]) betrifft dies namentlich folgende kantonalen Erlasse: Die

---

verletzen musste, weil in der Gemeinde Arth damals keine Bauordnung bestand, welche den Gemeinderat zur Intervention ermächtigt hätte. RRB 1926 112 ff.

36) Die Bauerlaubnis muss erteilt werden, wenn den baupolizeilichen Vorschriften genügt ist. Wer ohne Baubewilligung baut, macht sich einer Polizeiübertretung schuldig und kann bestraft und und eventuell zur nachträglichen Einreichung eines Baugesuches verhalten werden. Eine Beseitigung des nicht genehmigten Baues kommt dagegen nur in Frage, soweit derselbe den polizeilichen Anforderungen nicht entspricht.

37) RBR 1934 123.

38) So namentlich in Wollerau und Freienbach.

39) So die Bauverordnung des Bezirks Einsiedeln und vor allem jene der Gemeinde Lachen.

40) S. oben Anm. 12.

Verordnung über das Strassenwesen vom 27. April 1849, die Feuerpolizeiverordnung vom 23. November 1938, die allgemeinen Bedingungen für die Erstellung von Benzintank- und Abfüllanlagen vom 28. April 1926 (Amtsblatt 1926 Nr. 18), die Verordnung betr. Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Kunstdenkmälern vom 29. November 1927, die Vorschriften für Schulhausbauten vom 16. Januar 1937.

b) Das Baupolizeirecht im Kanton Schwyz verglichen mit der Regelung in andern Kantonen [41]).

Die einzelnen Kantone sind bei der Aufstellung ihrer baupolizeilichen Vorschriften auf verschiedene Weise vorgegangen.

Mancherorts hat der kantonale Gesetzgeber, ähnlich wie im Kanton Schwyz, keine oder wenige bauliche Anordnungen geschaffen und die Reglementierung zur Hauptsache den Gemeinden überlassen [42]). In den Stadtkantonen dagegen ist die Baupolizei abschliessend in ausführlichen kantonalen Gesetzen und Verordnungen geregelt [43]). Schliesslich gibt es noch eine dritte Regelungsart, welche eine Verschmelzung der beiden genannten darstellt [44]). Bei dieser «gemischten Methode» werden diejenigen Vorschriften, die sich zur Anwendung im ganzen Kantonsgebiet eignen, durch ein kantonales Gesetz geordnet, welches entweder für alle Gemeinden, oder für diejenigen mit städtischen Verhältnissen gilt. Zudem haben bei dieser Gruppe von Kantonen die Gemeinden das Recht, für ihr Gebiet besondere Baureglemente zu erlassen, welche die kantonalen Vorschriften ergänzen und in manchen Fällen teilweise abändern können.

Für die Durchschnittskantone dürfte diese letztgenannte Regelungsart die zweckdienlichste sein. Sie verhindert eine allzugrosse Rechtszersplitterung innerhalb des Kantons, ohne dass sie die lokalen Sonderbedürfnisse und Liebhabereien unberücksichtigt liesse. Vielleicht wird auch der schwyzerische Gesetzgeber bei einer gelegentlichen Neuregelung des Baurechts, die allerdings im Augenblick nicht zu erwarten ist, diesen Weg einschlagen.

II. Die Kanalisationsreglemente.

In verschiedenen Gemeinden bestehen gestützt auf § 1 lit. b des Baugesetzes Vorschriften über die Benützung der öffentlichen Kanali-

---

41) Vgl. die allerdings veralteten Zusammenstellungen von Schollenberger I 139 und Grossmann E. im ZBl 12/99 ff., sowie vor allem jene von Bühler R. 18 ff., welche in einzelnen Punkten auch bereits wieder überholt ist.

42) So in den Kantonen Bern, Uri, Obwalden, Glarus, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., Appenzell I.-Rh., St. Gallen, Graubünden, Aargau, Tessin, Wallis und Neuenburg.

43) Baselstadt und Genf.

44) Zürich, Luzern, Nidwalden, Zug, Freiburg, Baselland, Waadt und Thurgau.

sationsanlagen, sowie über die Beitragspflicht für diese Benützung [45]). Diese im Interesse der Hygiene und Aesthetik erlassenen Bestimmungen finden sich nicht in den Bauverordnungen der Gemeinden selbst. Die Bauverordnungen übertragen vielmehr die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Dorfkanalisation an die Gemeinderäte [46]), oder dort, wo Kanalisationsreglemente bereits vor den zur Zeit geltenden Bauordnungen in Kraft waren, wird in den letztern auf die erstern verwiesen [47]).

Zur Hauptsache enthalten die Kanalisationsreglemente Verwaltungsvorschriften. Rechtsverordnungscharakter gewinnen diese Regulative einzig durch die Bestimmungen, welche den Anschluss an eine öffentliche Kanalisationsanlage und die damit zusammenhängende Beitragspflicht als Obligatorium erklären [48]), und ebenso durch die Anordnungen, welche festlegen, dass die Eigentümer von Privatleitungen verpflichtet sind, dieselben dem Nachbar zur Verfügung zu stellen [49]).

III. Die Kehrichtabfuhrreglemente.

1. Die Art und Weise der Regelung der Kehrichtabfuhr.

Aus Gründen der Hygiene und Aesthetik wurde in verschiedenen Gemeinden eine ständige Güselabfuhr organisiert [50]). An einzelnen Orten befasst sich die Gemeinde selbst mit dieser Aufgabe, indem zum Zweck der Kehrichtwegschaffung ein eigener, anstaltsmässig organisierter Kommunalbetrieb geschaffen wurde. Andernorts wurde mit der Besorgung der gleichen Obliegenheit ein in der Form eines öffentlichen

---

45) Ueber die Frage, ob § 1 lit. b des Baugesetzes den Sinn habe, die Gemeinden zur Einführung eines eigentlichen Monopolbetriebs zu ermächtigen, liesse sich streiten. (Vgl. hierüber unten III Ziff. 3.) Allenfalls können die Gemeinden private Kanalisationsunternehmungen durch die Verweigerung der Erlaubnis zur Einlegung von Leitungen etc. in das Gemeindeeigentum verunmöglichen.

46) So die Bauordnungen von Schwyz (Art. 13), Lachen (Art. 66), Einsiedeln (Art. 13), Wollerau (Art. 22), Freienbach (Art. 22).

47) Baureglement für die Gemeinde Ingenbohl Art. 22 und Baureglement für das Dorf Küssnacht Art. 25.

48) So die Reglemente von Arth (Art. 8), Lachen (Art. 8), Einsiedeln (Art. 5) und Küssnacht (Art. 8). — Dementgegen sind die Verordnungen über die Beitragspflicht für den Anschluss an die öffentliche Kanalisation der Gemeinde Schwyz vom 15. Febr. 1933 und das Kanalisationsreglement für die Gemeinde Freienbach vom 11. November 1944, nach welchen der Anschluss an das allgemeine Kanalisationsnetz fakultativ ist, als reine Verwaltungsverordnungen anzusprechen.

49) So die Kanalisationsreglemente von Arth (Art. 17), Lachen (Art. 14) und Küssnacht (Art. 14).

50) So in Schwyz, Arth, Ingenbohl (für die Ortschaft Brunnen), Gersau, Küssnacht; einzelne Vorschriften betr. Kehrichtwegschaffung finden sich auch in der Gemeinde Lachen vor.

Amtes funktionierendes Unternehmen betraut. Eine weitere mögliche Organisationsform, welche die Kehrichtabfuhr zum Gegenstand einer Konzession im eigentlichen Wortsinn machen würde, besteht gegenwärtig im Kanton Schwyz nicht [51]).

Die Verordnungen, welche sich mit der Kehrichtabfuhr befassen, enthalten ähnlich wie die Kanalisationsreglemente, zur Hauptsache Verwaltungsvorschriften. Dort jedoch, wo die durch die Gemeinde organisierte Güselabfuhr als Obligatorium erklärt wurde und an die Kosten derselben vom Vorsteher jeder Haushaltung eine Gebühr zu entrichten ist, haben wir es mit Rechtsverordnungen zu tun [52]).

2. Verstösst die Monopolisierung der Kehrichtabfuhr gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit?

Die Frage, ob die Kantone befugt seien, einen gewissen Betrieb monopolartig an sich zu ziehen, beziehungsweise als konzessioniertes Gewerbe unter Ausschluss der privaten Konkurrenz betreiben zu lassen, oder nicht, wird teils bejaht und teils verneint [53]) [54]). Lange theoretische Erörterungen über die Kontroverse, ob von Seiten der Kantone Rechtsmonopole eingeführt werden können, oder ob sich Art. 31 BV auch gegen die Monopolisierung staatlicher und kommunaler Wohlfahrtseinrichtungen wendet, können hier unterbleiben. Massgeblich ist, wenigstens für den Rahmen einer positiven Arbeit, die tatsächliche Rechtspraxis. Das Bundesgericht sagt in einem Entscheid bezüglich der Gasversorgung: «Eine Gemeinde ist befugt, wenn ein allgemeines Interesse vorliegt, einen gewerblichen Betrieb monopolartig an sich zu ziehen» [55]). Es ist jedoch zu beachten, dass das Bundesgericht, was die aufgeworfene Frage betrifft, in seiner Praxis einer wünschbaren Konstanz und Einheitlichkeit entbehrt [56]). In einem den Kanton Schwyz betreffenden Fall wurde die Frage nach der Zulässigkeit der Einführung eines monopolisierten Gemeindebetriebes (Wasserversorgung) offen gelassen [57]). Immerhin dürfte die Zulässigkeit der Einführung gewisser monopolartiger Gewerbebetriebe unter bestimmten Umständen kaum in Abrede zu stellen sein, nämlich dann, wenn

---

51) Der Betrieb der Kehrichtabfuhr als konzessioniertes Unternehmen unterscheidet sich von der Form des öffentlichen Amtes dadurch, dass die Tätigkeit auf eigene Rechnung des Privaten ausgeübt wird.

52) Obligatorisch ist die Kehrichtabfuhr in den Dorfkreisen von Schwyz, Brunnen und Küssnacht, sowie in einigen Quartieren von Arth.

53) Unter Monopol ist hier das Monopol im Rechtssinn und nicht das sogenannte faktische Monopol zu verstehen. (Ueber den Begriff des Monopols s. Fleiner 341 ff.)

54) Bejahend Burckhard 228 ff.; verneinend Fleiner, Bundesstaatsrecht 382 und Giacometti 77.

55) BGE 40 I 191.

56) Näheres bezüglich der schwankenden bundesgerichtlichen Praxis s. bei Reinhardt 85 ff.

57) BGE 58 I 240.

eine im Interesse des öffentlichen Wohls dringend gebotene Aufgabe praktisch nicht anders als auf diesem Weg erfüllt werden kann. Diese erforderliche Voraussetzung ist im vorliegenden Fall wohl gegeben und die übliche Regelung der Kehrichtabfuhr damit gerechtfertigt. Als weitere grundlegende Voraussetzung ist noch zu erwähnen, dass das positive Gesetz, beziehungsweise eine dasselbe vertretende gewohnheitsrechtliche Norm die Errichtung von Monopolbetrieben im einzelnen Fall zulassen muss. Die Frage, ob bloss der Kanton, oder auch die Gemeinden und Bezirke Monopole im Rechtssinn einführen können, ist nachstehend anhand des kantonalen Staatsrechts zu erörtern.

3. Die Kompetenz der Gemeinden zum Erlass rechtsverordnungsmässiger Kehrichtabfuhrreglemente.

Als ausführende Polizeiorgane haben die Gemeindebehörden das Recht und die Pflicht, die nötigen Vorkehrungen zur Erhaltung von Ordnung und Reinlichkeit zu treffen. Sie können zur Erreichung dieses Zwecks nötigenfalls auch die Mittel des Zwangs anwenden.

Fraglich erscheint indessen, ob die Gemeinde auch durch rechtssatzmässige Bestimmungen den Bürger zur Benützung der offiziellen Kehrichtabfuhr, oder doch zur Entrichtung der vorgeschriebenen Taxe verpflichten kann, auch wenn der einzelne bereit und in der Lage wäre, die Abfälle selbst auf polizeilich einwandfreie Art und Weise zu entfernen. Nach dem im Kanton Schwyz geltenden Grundsatz, wonach die Gemeinden nur dann durch einen Akt der Rechtssetzung dem Bürger Pflichten auferlegen dürfen, wenn sie dazu speziell ermächtigt sind, kann die Kehrichtabfuhr grundsätzlich nur auf der Basis der freiwilligen Anstaltsbenützung organisiert werden. Eine Delegationsnorm, welche die Einführung der obligatorischen Kehrichtabfuhr der Gemeindereglementierung anheimstellen würde, ist nirgends zu finden. Keiner von den verschiedenen kantonalen Erlassen, welche die Kehrichtablagerung betreffende Bestimmungen enthalten [58]), überträgt der Kommunalgewalt Rechtssetzungsbefugnisse auf diesem Gebiet. Auch aus § 3 des Baugesetzes, auf den sich das Reglement betreffend Kehrichtabfuhr und Reinhaltung der Ortschaft Brunnen beruft, kann diese Befugnis nicht herausgelesen werden.

Und doch lassen sich, wenn ich recht sehe, die Reglemente, welche die offizielle Güselabfuhr obligatrisch erklären, rechtfertigen. Wenn die Zuständigkeit der Gemeinden, rechtsatzmässige Vorschriften über die Kehrichtabfuhr zu statuieren, sich auch nicht von einer Delegationsnorm ableiten lässt, so kann sie sich auf eine andere Grund-

[58]) Es sind dies: Die Fischereiverordnung vom 17. Januar 1922; die Verordnung betr. Natur- und Heimatschutz vom 29. November 1927; die Verordnung über das Strassenwesen vom 27. April 1849; das Verbot der Kehrichtablagerung an Bächen, Flüssen und Seen vom 17. Juni 1939.

lage stützen, nämlich auf die der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprechende Uebung. Die Befugnis der Gemeinden, die Kehrichtabfuhr obligatorisch zu erklären, stützt sich also auf gewohnheitsrechtliche Basis [59]). Tatsächlich wurden in einer Reihe von Gemeinden Verordnungen geschaffen, welche die Benützung der offiziellen Kehrichtabfuhr und die Entrichtung einer damit zusammenhängenden Taxe als Obligatorium erklären. Die vorhandene Rechtsüberzeugung bezüglich der Zulässigkeit des Erlasses dieser in den meisten Fällen durch die Gemeindeversammlung sanktionierten Verordnungen dürfte damit ausgewiesen sein, dass die Zuständigkeit der Gemeinden zur Einführung solcher Vorschriften offenbar in keinem Fall angezweifelt oder angefochten wurde [60]).

IV. Die Jaucheausfuhrverbote.

Vorschriften, welche das Ausführen der Jauche während einer bestimmten Zeitspanne im Sommer tagsüber untersagen, bestehen in zahlreichen Gemeinden. Diese Verbote beruhen in einigen Fällen auf einem einfachen Beschluss der Gemeindeversammlung [61]), andernorts finden sie sich in den Reglementen über die Kehrichtabfuhr [62]) oder in den Bauordnungen [63]) und schliesslich gibt es noch spezielle «Jaucheausfuhrreglemente» [64]).

Die Jaucheausfuhrverbote können sich auf keine Delegationsnorm der kantonalen Gesetzgebung stützen. Die Befugnis der Gemeinden zu deren Erlass lässt sich in analoger Weise wie die Kompetenz zum Erlass der Kehrichtabfuhrreglemente rechtfertigen.

Dass das Verbot der Jaucheausfuhr nicht gegen Art. 31 BV verstösst, wurde in einem Beschwerdefall aus Einsiedeln im Jahre 1893 erkannt [65]).

V. Die Feuerlösch- und Windwachtreglemente.

1. Der Delegationserlass.

Die kantonale Feuerpolizeiverordnung vom 23. November 1938 wurde gestützt auf § 40 lit. e KV erlassen, welcher die Regelung des Poli-

---

59) Ueber die Zulässigkeit ergänzenden Gewohnheitsrechts auf verwaltungsrechtlichem Boden s. Fleiner 86.
60) S. auch oben 2. Kapitel, I, Ziff. 4, lit. c.
61) z. B. in Küssnacht.
62) Gersau und Ingenbohl (für die Ortschaft Brunnen).
63) Arth und Lachen.
64) Jaucheausfuhrreglement für das Dorf Einsiedeln von 1888.
65) S. Salis, Schweizerisches Bundesrecht (Staats- und Verwaltungsrechtspraxis des Bundesrates und der Bundesversammlung), 2. Aufl., 2. Bd. 575.

zeiwesens in das Kompetenzgebiet der kantonsrätlichen Verordnungsbefugnis weist. Sie regelt, soweit nicht etwa bundesrechtliche Normen in Frage stehen, das Feuerpolizeiwesen abschliessend. Der frühere kantonsrätliche Erlass, die Feuerpolizeiverordnung vom 27. Mai 1925, hatte noch einen Teil der Materie, nämlich die bauliche Feuerpolizei, zugunsten der kommunalen Reglementierung vorbehalten [66]). Mit Inkrafttreten der neuen Feuerpolizeiverordnung wurden somit nicht nur die alte Feuerpolizeiverordnung, sowie § 3 lit. c des Baugesetzes [67]) derogiert, sondern auch die Regulative der Gemeinden, soweit sie feuerpolizeilchen Inhalts waren oder sonst mit den neuen Vorschriften nicht übereinstimmten. Die Aufhebung all dieser Erlasse wird in § 69 der geltenden Feuerpolizeiverordnung ausdrücklich ausgesprochen.

Von besonderer Bedeutung für die Rechtssetzung der Gemeinden sind vor allem § 51 [68]) und § 58 [69]), welche die Gemeinderäte zum Erlass von Feuerwehrordnungen und zur Festsetzung einer Feuerwehrersatzsteuer verhalten.

2. Die rechtssatzmässigen Normen der Feuerlöschreglemente.

Wie bei den meisten Erlassen der Gemeindereglementierung ist auch bei den Feuerwehrreglementen die Mehlzahl der Bestimmungen zur Kategorie der Verwaltungsvorschriften zu zählen [70]). Rechtssatz-

---

66) S. SRB 1108 § 4.

67) S. vorgängig I Ziff. 1. — Die Frage, ob die Derogation von § 3 lit. c des Baugesetzes auf dem Verordnungsweg zulässig sei, ist m. E. für den vorliegenden konkreten Fall zu bejahen, da es sich um eine Materie handelt, die laut KV in den Kompetenzbereich der kantonsrätlichen Verordnungsbefugnis fällt. Vgl. hierüber Reichlin 16 f. (ZBl 44 231 f.)

68) «Die Gemeinden sind verpflichtet, eine den örtlichen Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechende Feuerwehr zu organisieren, zu instruieren und zu unterhalten.
Die Feuerwehrordnung bestimmt Bestand, Gliederung und Besoldung der Feuerwehr; sie umschreibt die Kompetenzen und Pflichten der Feuerwehrkommission und der oberen Feuerwehrchargen. Sie stellt Vorschriften auf über das Feuerwehrmaterial, über Ausrüstung und Bekleidung der Feuerwehrmannschaft, über Uebungs- und Branddienst. Sie enthält die Strafbestimmungen bei Vergehen gegen die Gemeindefeuerwehrordnung.»

69) «Die nicht zum Aktivdienste der Feuerwehr Eingeteilten haben die Feuerwehrersatzsteuer zu leisten, mit Ausnahme des durch bundesrechtliche Vorschriften befreiten Telefon- und Telegrafenpersonals. Personen, die mit schweren körperlichen oder geistigen Gebrechen behaftet sind, sind vom Aktivdienste und der Ersatzsteuer befreit. Der Steuertarif ist vom Gemeinderat unter Ansetzung einer Personaltaxe und nach Massgabe des Vermögens und Einkommens des Steuerpflichtigen aufzustellen.»

70) Sie regeln namentlich die Organisation, Ausrüstung etc. der Ortsfeuerwehren, soweit nicht die für das ganze Kantonsgebiet geltenden Vorschriften der kantonalen Feuerpolizeiverordnung massgebend sind.

charakter haben einzig jene Bestimmungen, welche die Feuerwehrpflicht im Rahmen von § 57 [71]) der kantonalen Verordnung näher umschreiben und ferner jene, welche die Feuerwehrersatzsteuer normieren. Zum Erlass anderer rechtsatzmässige Bestimmungen über das Feuerwehrwesen sind die Gemeinden nicht befugt. Insbesondere steht ihnen nicht die Kompetenz zu, generell-abstrakte Anordnungen auf dem Gebiet der Feuerpolizei zu schaffen. Der Regierungsrat musste anlässlich der Genehmigung von kommunalen Feurlöschordnungen wiederholt darauf hinweisen, dass die Gemeinden in ihren Feuerwehrreglementen die Rechtssätze der kantonalen Feuerpolizeiverordnung nur reproduzieren, daran aber weder Abstriche noch Zusätze anbringen können [72]).

Beim Durchgehen der geltenden Feuerwehrordnungen der Gemeinden fällt auf, dass die meisten dieser Reglemente neben den die Ortsfeuerwehr betreffenden Anordnungen auch die kantonale Feuerpolizeiverordnung ganz oder zum Teil wiedergeben. Dies gab Anlass dazu, dass mancherorts diese in bunter Reihenfolge teils kantonales und teils kommunales Recht enthaltenden Reglemente als «Gemeindefeuerpolizeiverordnungen» herausgegeben wurden [73]). Der wiederholte Ratschlag des Regierungsrates, es sei in den Feuerlöschordnungen bloss auf die Bestimmungen der kantonalen Feuerpolizeiverordnung hinzuweisen, oder aber, es seien die kantonalen und kommunalen Vorschriften getrennt in einem Einband herauszugeben, wird in der Praxis allgemein nicht befolgt, obschon die Vorteile von Textausgaben, wie sie der Regierungsrat vorschlägt, augenfällig sind.

3. Die Feuerwehrersatzsteuer.

§ 58 der kantonalen Feuerpolizeiverordnung [74]) veranlasst die Gemeinden, die nicht zum Aktivdienst der Feuerwehr Eingeteilten mit einer «Ersatzsteuer» zu belasten unter Ansetzung einer Personaltaxe und unter Mitberücksichtigung des Vermögens und Einkommens. Ueber das Wesen, den Sinn und den zulässigen Umfang dieser Feuerwehr-

---

71) § 57 Abs. 1: «Jeder männliche Einwohner einer Gemeinde ist während eines durch die Feuerwehrordnung zu bestimmenden Alters feuerwehrpflichtig. Die Altersgrenze darf nicht unter dem zurückgelegten 18. und nicht über dem zurückgelegten 55. Altersjahr liegen.»

72) RRB Nr. 77 vom 8. Januar 1944, Nr. 1994 vom 2. September 1944 und Nr. 393 vom 12. Februar 1945.

73) Seit dem Inkrafttreten der neuen Feuerpolizeiverordnung haben folgende Gemeinden Feuerwehrordnungen erlassen: Reichenburg (1943), Nuolen (1943), Wangen (1943), Wollerau (1945), Oberiberg (1943) und Schwyz (1943). Den Reglementen von Oberiberg und Schwyz fehlt die erforderliche regierungsrätliche Genehmigung. Mit Ausnahme des Reglements von Oberiberg sind alle diese Kommunalerlasse als «Feuerpolizeiverordnung» betitelt.

74) S. oben Anm. 69.

ersatzsteuer herrschen weitgehend irrige Ansichten. Es sei gleich vorweggenommen, dass es sich bei der «Feuerwehrersatzsteuer» nicht um eine Steuer im technischen Sinn, sondern um eine Ersatzabgabe handelt [75]). In manchen Kantonen allerdings (z. B. in Zürich und im Aargau) ist auf gesetzlicher Grundlage diese Ersatzabgabe der nicht zur aktiven Feuerwehr Eingeteilten nach dem Vorbild des Militärpflichtersatzes zu einer eigentlichen Vermögens- und Einkommenssteuer ausgestaltet worden [76]). Nach diesem ausserkantonalen Muster wollten auch einzelne schwyzerische Gemeinden den Umstand, dass jemand keinen Feuerwehrdienst leistet, als Anlass zur Erhebung einer eigentlichen Steuer benützen. Der Regierungsrat hat jedoch diesen Fiskalerlassen jeweils die Genehmigung verweigert und die Gründe für die Ablehnung in unmissverständlicher Weise dargelegt [77]). Er betonte namentlich, dass gemäss § 16 KV für alle Fiskalerlasse der Vorbehalt des Gesetzes gilt [78]). Der Kantonsrat wollte und konnte daher auf Grund seiner Zuständigkeit, das Polizeiwesen zu ordnen (§ 40 lit. e KV), den Gemeinden nicht die Befugnis zum Erlass fiskalischer Normen übertragen, da er nicht mehr Kompetenzen delegieren kann, als er nach kantonalem Staatsrecht selber besitzt. Die Feuerwehrersatzsteuer ist, wie der Regierungsrat ausführt, in erster Linie eine Pesonalabgabe, die den Vorteil ausgleichen soll, den der Dienstfreie gegenüber dem Dienstleistenden hat. Vermögen und Einkommen fallen nur akzessorisch in Betracht. Die Zuschläge zur Personaltaxe nach Massgabe des Vermögens und Einkommens dürfen daher nicht zur Hauptsache gemacht werden, d. h. sie dürfen innerhalb der Gesamtabgabe 50 % nicht übersteigen. Dieser Stellungnahme des Regierungsrates, die man allerdings nicht überall verstanden hat oder verstehen wollte, ist vorbehaltlos beizupflichten.

Es ist in diesem Zusammenhang noch zu bemerken, dass an einzelnen Orten fiskalische Feuerwehrersatzsteuern eingezogen worden sind und auch gegenwärtig noch eingezogen werden gestützt auf Gemeindereglemente, welche vom Regierungsrat noch nicht genehmigt waren [79]), beziehungsweise deren Genehmigung überhaupt nicht nachgesucht wurde [80]).

---

[75]) Vgl. Blumenstein 4.

[76]) Ueber diese Abgabeart, welche das fiskalische Moment mit der Personalabgabe verschmilzt, s. Blumenstein 7.

[77]) S. die in Anm. 72 erwähnten Regierungsratsbeschlüsse.

[78]) Im Kanton Schwyz besteht das obligatorische Gesetzesreferendum.

[79]) Eine fisalische Feuerwehrsteuer soll in der Gemeinde Schwyz während der Pendenz des Genehmigungsverfahrens erhoben worden sein.

[80]) In Oberiberg wurde in einem «Kirchgemeindebeschluss betr. Feuerpolizeiverordnung und Feuerwehrwesen» vom 23. Mai 1943 mit rückwirkender Kraft auf den 1. Januar 1943 angeordnet, dass die Dienstersatzsteuer aus einer Personaltaxe à Fr. 4.— und einem Zuschlag von 50 Rp. pro 1000.— Fr. Vermögen beträgt. Diese Feuerwehrordnung von Oberiberg wird tatsächlich gehandhabt, ohne dass sie der

4. Die Regelung des Windwachtdienstes.

§ 48 der Feuerpolizeiverordnung bestimmt, dass in Gemeinden, die dem Föhn ausgesetzt sind, besondere Windwachen zu organisieren sind. Dieser Verpflichtung kamen einzelne Gemeinden dadurch nach, dass sie eigene Windwachtreglemente erliessen, während andere die diesbezüglichen Vorschriften in den Feuerlöschreglementen unterbrachten.

Dort, wo der Feuerwehr- und der Windwachtdienst getrennt organisiert sind, wird üblicherweise für diejenigen, welche nicht aktiv Föhnwachtdienst leisten, analog der Feuerwehrersatzsteuer die Pflicht zur Entrichtung einer Ersatzabgabe festgelegt. Bei sinngemässer Auslegung der §§ 48, 51 und 58 [81]) kann gegen die Festlegung dieser Abgabepflicht nichts eingewendet werden. Immerhin darf diese Ersatzleistung ebensowenig wie die Feuerwehrersatzsteuer fiskalischen Zwekken dienen.

Die Windwachtreglemente bilden gemäss § 51 der kantonalen Feuerpolizeiverordnung einen Bestandteil der Gemeindefeuerwehrreglemente. Spezielle, separat von den Feuerlöschordnungen erlassene Windwachtreglemente unterliegen daher der regierungsrätlichen Genehmigung [82]).

VI. Die Verordnungen betr. das Friedhof- und Begräbniswesen.

§ 6 der kantonalen Verordnung über das Friedhof- und Begräbniswesen vom 30. März 1935 ermächtigt die Gemeinden, lokale Reglemente über die öffentlichen Friedhöfe und das Begräbniswesen in den Ge-

---

vorgeschriebenen regierungsrätlichen Kontrolle unterworfen worden wäre. Ueber die Rechtsfolgen der mangelnden Genehmigung s. 8. Kapitel, III.

81) S. Anm. 68 und 69.

82) Das Windwachtreglement für die Gemeinde Arth vom 5. Juni 1943 wird gehandhabt, ohne dass es dem Regierungsrat zur Genehmigung vorgelegt worden wäre. § 7 dieses Reglements ordnet übrigens die Ersatzpflicht mit einer fiskalischen Steuerformel, welcher die Aufsichtsbehörde die Genehmigung verweigern müsste. — Das Arthner Windwachtreglemente sieht vor, dass jeder Gebäudeeigentümer verpflichtet ist, selbst (Stellvertretung durch Söhne oder Hausverwalter ist zulässig) Windwachtdienst zu leisten oder eine Ersatzsteuer zu zahlen. Früher war auch der Feuerwehrdienst in einzelnen Gemeinden eine Pflicht, die nicht jedermann, sondern nur dem Hauseigentümer oblag. Demgegenüber ist heute gemäss § 57 der Feuerpolizeiverordnung jeder männliche Einwohner einer Gemeinde während eines bestimmten Alters feuerwehrpflichtig, ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer eines Gebäudes ist oder nicht. Wenn in der Gemeinde Arth der Windwachtdienst, der grundsätzlich analog der Feuerwehr zu organisieren ist, trotzdem weiterhin als Verpflichtung und Belastung der Hauseigentümer geregelt ist, so stellt dies eine Anordnung dar, über deren Zulässigkeit sich streiten liesse.

meinden zu erlassen. Es erscheint nun fraglich, ob diese Gemeindeverordnungen Bestimmungen mit Rechtssatzcharakter enthalten, oder ob es sich bei diesen Reglementen um reine Anstaltsordnungen handelt.

In diesem Zusammenhang ist vorerst kurz zur Frage nach der rechtlichen Stellung des Bestattungswesens und der Friedhöfe in den Gemeinden Stellung zu nehmen. Für die Verhältnisse im Kanton Schwyz dürfte die aufgeworfene Frage folgendermassen zu beantworten sein: Der gesamte Betrieb des Bestattungswesens ist als öffentlichrechtliche Anstalt zu betrachten; zu den öffentlichen Sachen, welche zu diesem Ansaltsbetrieb gehören, zählen in erster Linie die Friedhöfe. Demzufolge sind die Reglemente über das Friedhof- und Begräbniswesen grundsätzlich als Anstaltsverordnungen zu taxieren.

M. E. ist aber die kantonale Delegationsnorm (§ 6 der Verordnung betr. das Friedhof- und Begräbniswesen) dahin auszulegen, dass sie den Gemeinden die Befugnis gibt, neben den eigentlichen Anstaltsvorschriften auch Bestimmungen aufzustellen, welche über den engern Anstaltszweck hinausgehen und somit Rechtssatzcharakter tragen [83]). Denn zum Erlass bloss von Anstaltsvorschriften bedürfte es keiner besondern Delegation durch die kantonale Gesetzgebung. Es wird im Einzelfall allerdings schwer halten, abzuklären, welche Bestimmungen noch als Verwaltungsvorschriften und welche bereits als Rechtssätze zu werten sind. Es sei hier nur hervorgehoben, dass die Gemeinden auf dem Gebiet des Friedhof- und Begräbniswesens rechtssetzend tätig werden können [84]). Dies bedeutet eine Erweiterung der aus dem Anstaltsverhältnis resultierenden Gewaltbefugnisse.

Selbstverständlich haben sich die Gemeindereglemente im Rahmen der kantonalen Verordnung betr. das Friedhof- und Begräbniswesen zu bewegen. Wenn daher in § 8 der kantonalen Verordnung festgelegt ist, dass die Gemeinden verpflichtet sind, auch für die ausserhalb der Gemeinde verstorbenen Niedergelassenen und Aufenthalter die Beerdigung auf den öffentlichen Gemeindefriedhöfen zu gestatten, so darf diese Anordnung nicht durch anderslautende örtliche Regelungen abgeändert werden, wie dies im Falle der Friedhofordnung der Gemeinde Lachen von 1935 (§ 2 Abs. 2) zutrifft.

Nur wenige Gemeinden haben ihre Reglemente aus der Zeit vor 1935 durch teilweise oder gänzliche Neugestaltung den neuen Verhältnissen, wie sie sich durch die kantonale Verordnung vom 30. März 1935 ergeben, angepasst [85]). Die meisten der Gültigkeit beanspruchenden kommunalen Begräbnisordnungen, welche gestützt auf die kan-

---

[83]) S. vorgängig 2. Kapitel, II, Ziff. 2, lit. c.

[84]) Als Beispiel für eine rechtssatzmässige Kommunalnorm im erwähnten Sinn sei § 4 der Begräbnis- und Friedhofordnung der Gemeinde Arth von 1943 genannt, welcher die Anzeigepflicht bei Todesfällen gemäss Art. 48 ZGB erweitert, indem allgemein auch dem Friedhofvorsteher Mitteilung zu machen ist.

[85]) Neue Begräbnis- und Friedhofreglemente bestehen in Arth, Oberiberg und Lachen.

tonale Toten- und Begräbnisordnung vom 22. September 1849 geschaffen worden waren, sind durch den neuen kantonalen Erlass in ihrem Inhalt zum Teil derogiert worden.

VII. Die Verordnungen betr. Handhabung der Ruhe in der Kirche und in der Nähe der Kirche während des Gottesdienstes.

§ 4 Abs. 2 der Polizeiverordnung vom 12. Januar 1884 betr. die Sonn- und Feiertagsruhe [85a]) fordert die Gemeinderäte auf, durch zweckdienliche Reglemente, die den örtlichen Verhältnissen entsprechen, die kantonale Verordnung zu kompletieren [86]). Soweit dieselben nur Anweisungen und Vorschriften für die Kirchbesucher enthalten, berühren sie als Verwaltungsverordnungen diese Arbeit nicht. Daneben können aber auch Vorschriften erlassen werden, welche sich in näherer Ausführung der kantonalen Verordnung mit der Handhabung von Ruhe und Ordnung während des Gottesdienstes im Umkreis der Kirche befassen. Diese Bestimmungen haben Rechtsatzcharakter [87]).

VIII. Die kommunalen Vorschriften betr. die Vergnügungssteuer.

1. Rahmen und Umfang der Vorschriften über die Vergnügungssteuer.

Das kantonale Gesetz über die Erhebung der Vergnügungssteuer vom 29. November 1923 ermächtigt die Gemeinden, die Vergnügungssteuer für ihr Gebiet einzuführen [88]). Manche Gemeinden sind bei der

---

85a) «Den Gemeinderäten liegt die Pflicht ob, durch zweckentsprechende Polizeireglemente, unter Beachtung der örtlichen Verhältnisse, für Aufrechterhaltung einer würdigen Ruhe sowohl in der Kirche als in der Nähe derselben während des Gottesdienstes zu sorgen . .»

86) Zum Erlass solcher Verordnungen, die tatsächlich an manchen Orten geschaffen wurden, sind auch die selbständigen Kirchgemeinden zuständig.

87) S. vorgängig 2. Kapitel, II, Ziff. 2, lit. c.

88) Die Vergnügungssteuer ist in folgenden Gemeinden eingeführt: Schwyz, Arth, Ingenbohl, Lachen, Schübelbach, Einsiedeln, Küssnacht, Wollerau und Freienbach.
Die fakultative Erhebung örtlicher Vergnügungssteuern durch die Gemeinden auf Grund kantonaler Ermächtigungen finden wir neben dem Kt. Schwyz in folgenden Kantonen: Luzern, Zug, Freiburg, Baselland, Appenzell A.-Rh., Waadt, Wallis und Neuenburg. In Graubünden sind die Gemeinden zur Einführung der Vergnügungssteuer befugt ohne kantonale Ermächtigungsbestimmung. In den Kantonen Bern und Solothurn ist sie als kantonale Steuer mit zusätzlicher fakultativer Gemeindesteuer geordnet. Ausschliesslich kantonal ist die Regelung in Zürich, Uri, Baselstadt, Appenzell I.-Rh., Thurgau, Tessin und Genf. Zur letztgenannten Gruppe gehört auch der Kt. St. Gallen, mit der Besonderheit allerdings, dass die Gemeinden zum Erlass besonderer Vollziehungsverordnungen ermächtigt sind.

Einführung dieser Aufwandsteuer so vorgegangen, dass eine eigene Verordnung über den Bezug der örtlichen Vergnügungssteuer den Stimmberechtigten zur Annahme oder Verwerfung unterbreitet wurde [89]). An andern Orten dagegen [90]) wurde von der Aktivbürgerschaft nur über die Einführung der Steuer zu einem bestimmten Ansatz abgestimmt, während die näheren Vollziehungsverordnungen, unter denen sich in geringer Zahl auch solche mit Rechtsatzcharakter befinden [91]), durch die Gemeinderäte erlassen wurden.

Dass die Beschlussfassung über die Einführung der Vergnügungssteuer als Akt der Rechtssetzung zu werten ist, ist bereits früher ausgeführt worden [92]).

Die freien Bestimmungsmöglichkeiten der Gemeinden bei der Ansetzung der Höhe der Vergnügungssteuer, sowie auch bei der Verwendung der Erträgnisse derselben, sind keineswegs unbeschränkt. Das kantonale Rahmengesetz vom 29. November 1923 regelt nämlich nicht nur das Verfahren für die Einführung der Vergnügungssteuer, sondern es umschreibt auch die Verwendungsart der Erträgnisse (§ 7) und setzt überdies einen Minimal- und einen Maximalansatz für die Höhe des im Einzelfall zu entrichtenden Steuerbetrags fest (§ 4). Innert dieser gesetzlich umschriebenen Grenzen sind die Gemeinden in der Ansetzung der Höhe der Vergnügungssteuer frei. Wird kein besonderer Ansatz festgelegt, so steht derselbe gemäss § 4 des kantonalen Gesetzes auf 10 % bei einer minimalen Belastung von 10 Rp. und einer maximalen von 50 Rp. [93]).

2. Ist die Erhebung der Vergnügungssteuer als Pauschalsteuer durch die Gemeinden zulässig?

Wir kennen allgemein zwei übliche Formen der Vergnügungssteuer: Die Karten- oder Billetsteuer und die Pauschalsteuer. Die Erhebung der Kartensteuer erfolgt so, dass bei den billetsteuerpflichtigen Veranstaltungen ein auf den Eintrittspreis ziffernmässig bestimmter Zuschlag (meistens 10 %) als öffentliche Abgabe zu entrichten ist [94]). Bei der

---

89) So in Lachen und Einsiedeln.

90) So in Schwyz, Arth und Küssnacht.

91) So z. B. die Bestimmung, dass die Eintrittsausweise spätestens 2 Tage vor der Veranstaltung der Gemeindeverwaltung vorzulegen sind, oder die Anordnung, welche vorsieht, dass die Steuer vorauszubezahlen ist. (Vgl. Anm. 94.)

92) S. 2. Kapitel, II Ziff. 2, lit. b, bb.

93) Alle schwyzerischen Gemeinden, welche die Vergnügungssteuer eingeführt haben, kennen den Steuersatz von 10 % mit Ausnahme von Einsiedeln, wo jede Eintrittskarte mit 10 Rp. belastet wird. Diese gleiche Belastung der Eintrittskarten aller Preiskategorien widerspricht insofern dem Zweck und Charakter der Aufwandsteuer, als die Eintrittskarten für billige Plätze relativ stärker besteuert werden.

94) Nach den meisten schwyzerischen Gemeindereglementen hat die Abgabe der Vergnügungssteuer durch den Veranstalter an die zu-

Pauschalsteuer, welche im allgemeinen dort angewandt wird, wo für den Zutritt zu einer Veranstaltung keine Eintrittskarten an die Besucher verabfolgt werden, ist die Abgabe auf Grundlage der effektiven oder approximativen Berechnung der Bruttoeinnahmen durch den Veranstalter zu entrichten.

Es ist nun fraglich, ob das kantonale Gesetz die Gemeinden zum Bezug der Vergnügungssteuer nur in der Form der Kartensteuer oder aber auch in der Form der Pauschalsteuer ermächtigt. Tatsächlich begnügen sich die Gemeinden bei einer Ausnahme [95]) mit der Erhebung der Kartensteuer. Das kantonale Rahmengesetz gibt auf die aufgeworfene Frage keine klare Antwort. Explicite ist als einzige Form die Kartensteuer vorgesehen. Eine weite Interpretation des Gesetzestextes liesse jedoch den Schluss zu, dass anlässlich von Veranstaltungen, bei denen für den Zutritt keine Eintrittsausweise an die Besucher verabfolgt werden, aber auf andere Weise ein Entgelt eingezogen wird (z. B. durch Sammlungen bei den Besuchern, durch Erhöhung der Konsumationspreise oder der Gewinnmargen auf Verkaufsartikeln usw.), die Erhebung der Vergnügungssteuer in Form einer Pauschalabgabe zulässig wäre. Ich halte jedoch dafür, dass steuerrechtliche Bestimmungen, soweit sie den Bürger belasten, eher restriktiv und keinesfalls extensiv auszulegen sind. Demzufolge sind m. E. kommunale Anordnungen, welche die Vergnügungssteuer auf andere Art und Weise als auf dem Weg der Kartensteuer zu erheben suchen, mangels der erforderlichen gesetzlichen Grundlage unzulässig.

3. Das Steuersubjekt.

Es bleibt noch die Frage abzuklären, wer nach schwyzerischem Recht als Steuersubjekt anzusprechen ist, der Veranstalter oder der Besucher. Die verschiedenen Gemeindeverordnungen bezeichnen bald diesen, bald jenen als steuerpflichtiges Subjekt und aus dem kantonalen Gesetz lässt sich keine Antwort auf die aufgeworfene Frage heraus-

---

ständige Gemeindebehörde an einem der Veranstaltung folgenden Tag zu erfolgen. Entgegen den Bestimmungen der Reglemente kommt es aber auch vor, dass die Abrechnung der Gemeinden mit den Unternehmern von häufig wiederkehrenden Veranstaltungen einmal jährlich erfolgt unter Prüfung der Buchhaltung (z. B. Abrechnung der Gemeinde Lachen mit dem dortigen Fussballclub). — Eine besondere Regelung ist in § 5 betr. die Vergnügungssteuer der Gemeinde Schwyz vom 27. Dezember 1930 vorgesehen. Es wird dort eine eigentliche Vorausbezahlung der Billetsteuer verlangt. Die abgestempelten Eintrittskarten werden nur gegen Entrichtung des gesamten Steuerbetrages an die Unternehmer ausgehändigt, wobei nach durchgeführter Veranstaltung gegen Rückgabe der nicht verkauften Billete eine entsprechende Rückzahlung erfolgt.

95) Verordnung über den Bezug der Vergnügungssteuer für die Gemeinde Lachen vom 28. März 1926 Art. 7: «Karussel, Schiessbuden etc. bezahlen pro Tag der Aufführung eine Taxe von Fr. 3.— bis 20.— . . .»

lesen, es sei denn, man messe dem Passus «steuerpflichtige Unternehmer» des § 5 (SRB 624) in formalistischer Auslegung den Sinn bei, dass der Veranstalter als Steuersubjekt anzusprechen sei. Nach meinem Dafürhalten ist jedoch bei der Kartensteuer der Veranstalter nicht Steuersubjekt, sondern bloss Steuersubstitut. Steuersubjek ist der Teilnehmer an der Veranstaltung. Das Verhältnis zwichen dem eigentlichen Steuerpflichtigen (Steuersubjekt) und dem uneigentlichen Steuerpflichtigen (Steuersubstitut) wird in einzelnen Gemeindereglementen klar herausgestellt, in denen vom «Einzug der Vergnügungssteuer durch die Unternehmer» [96]) oder von «zur Erhebung der Vergnügungssteuer verpflichteten Unternehmern» [97]) die Rede ist.

Zum gleichen Ergebnis bezüglich der Beantwortung der Frage nach dem Steuersubjekt gelangt man auch, wenn man den ursprünglichen Sinn der Vergnügungssteuer ins Auge fasst: Es soll nämlich der Gegensatz, dass die einen Menschen den Vergnügungen obliegen, während andern oft das Notwendigste fehlt, nach Möglichkeit eine gewisse Ueberbrückung finden [98]). Die Vergnügungssteuer als reine Aufwandsteuer bezweckt die Belastung der vermeidbaren Einkommensverwendung. Das Ziel dieser Abgabe kann daher nicht eine Belastung des Veranstalters sein, sondern einzig und allein des Besuchers. Dem Veranstalter kommt dabei die Rolle eines Steuersubstituten [99]) und nicht etwa die eines Inkassobeamten zu. Er ist also an die Stelle des Besuchers gesetzt und hat diesen im Steuerrechtsverhältnis zu vertreten. Er haftet der berechtigten Gemeinde gegenüber für den geschuldeten Steuerbetrag.

IX. Die Einführung der Handänderungssteuer.

Die Handänderungssteuer ist im Kanton Schwyz eine als Verkehrssteuer ausgebildete Gemeindesteuer, die nach dem Kaufpreis der Liegenschaft bemessen und erhoben wird [100]). Der Zweck dieser Abgabe ist der, aus einem Vorgang, welcher auf eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Geschäftsparteien schliessen lässt, der Gemeindekasse eine Einnahme zuzuführen. Dabei muss mindestens ein Viertel des Er-

---

96) Verordnung der Gemeinde Lachen Art. 5.

97) Verordnung der Gemeinde Arth Art. 5. Aehnlich auch Art. 5 der Verordnung von Küssnacht.

98) In Genf nennt sich das Vergnügungssteuergesetz «Loi sur le droit des pauvres».

99) «Unter Steuersubstitution verstehen wir ein öffentlichrechtliches Verhältnis, kraft dessen eine vom Steuersubjekt verschiedene Person (Steuersubstitut) an die Stelle des Steuersubjektes gesetzt wird, um dessen Steuerrechtsverhältnis zu verwirklichen», so Hitz H., Steuersubstitution 8. Vgl. ferner Blumenstein 111 ff.

100) Näheres über das Wesen der Handänderungssteuer s. bei Blumenstein 198 f.

trages für Schul- und Armenzwecke fondiert werden. Das Objekt dieser Steuer ist die Handänderung von Grundstücken [101]). Als leistungsfähiges Subjekt bezeichnet das Gesetz den Erwerber, wobei es den Parteien vorbehalten bleibt, unter sich eine andere Tragung und Verrechnung der Kosten zu treffen. Die Höhe der Steuer beträgt in allen Fällen 1 % des Kaufpreises.

Die Gemeinden können die Handänderungssteuer gemäss den Bestimmungen des kantonalen Gesetzes einführen oder nicht. Mit der Einführung der Handänderungssteuer ist ihre rechtssetzende Betätigungsmöglichkeit in dieser Materie bereits erschöpft. Es besteht für die Gemeindereglementierung kein Raum, die Bestimmungen des kantonalen Gesetzes zu ergänzen oder gar abzuändern, und wenn die Handänderungssteuer an einem Ort einmal eingeführt ist, dürfen auch durch Einzelanordnungen keine Ausnahmen gemacht werden [102]). Dass die Einführung der Handänderungssteuer ein Akt der Rechtssetzung ist, wurde weiter oben bereits festgestellt [103]).

Die Handänderungssteuer ist mit drei Ausnahmen in allen Gemeinden eingeführt [104]).

X. Die Kurtaxenreglemente

1. Die Delegationsnorm.

Durch einen dem fakultativen Referendum unterstellten kantonsrätlichen Rechtssetzungsakt vom 3. Februar 1938 wurde § 22 der Verordnung vom 25. November 1890 über Niederlassung und Aufenthalt durch folgenden neuen Abs. 3 ergänzt: «Die Gemeinden sind berechtigt, von Kurgästen, die keine Aufenthaltsbewilligung erwerben, Kurtaxen zu erheben, die ausschliesslich zur Förderung des Fremdenverkehrs zu verwenden sind. Sie erlassen hierüber Reglemente, die der Genehmigung des Regierungsrates bedürfen.»

Es soll nun in einer kurzen Abweichung vom engern Inhalt des Themas die Frage der Zuständigkeit des Kantonsrats zum Erlass der zitierten Delegationsnorm geprüft werden, denn die Bedeutung der Gültigkeit, beziehungsweise der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des ermächtigenden Rechtssatzes für die durch den Delegationsadressaten geschaffenen Erlasse ist evident: Der rechtliche Bestand des ersteren ist die Voraussetzung für das gültige Zustandekommen der letzteren.

Nach schwyzerischem Staatsrecht ist die Normalform für den Erlass von Rechtssätzen das Gesetz, für welches das obligatorische Re-

---

101) Massgebend für die Auslegung des Begriffes «Grundstück» ist das ZGB (Art. 655 in Verbindung mit Art. 642—644). Vgl. ZBl 32 183.
102) RBR 1933 28; ZBl 34 428.
103) Vide 2. Kapitel, II, Ziff. 2, lit. b, bb.
104) Keine Handänderungssteuer wird in den Gemeinden Vorderthal, Innerthal und Tuggen erhoben.

ferendum gilt. Ein selbständiges Verordnungsrecht des Kantonsrates unter Vorbehalt des fakultativen Referendums besteht nur für die in der Verfassung vorgesehenen Fälle [105]). Irgendwelche Kompetenzen des Kantonsrates, auf dem Verordnungswege die Erhebung von Kurtaxen einzuführen, lassen sich weder aus der Verfassung noch aus einem Gesetz ableiten. Im Gegenteil, für die Erhebung von Steuern gilt ausdrücklich der Gesetzesvorbehalt. Auf die Tatsache, dass die Normierung der Kurtaxenerhebung wesentliche Merkmale eines Fiskalerlasses trägt, wird nachfolgend noch hingewiesen werden. Aber selbst dann, wenn man die Fremdentaxe im Kanton Schwyz nicht als Steuer betrachten will, sondern als Gebühr oder als Vorzugslast, so lässt dennoch nichts auf die Zuständigkeit des Kantonsrates zur Einführung derselben schliessen, da eben das Gesetz für den Erlass von Rechtssätzen die Normalform darstellt. Rechtsnormen, für deren Erlass der Weg der qualifizierten Gesetzgebung vorgesehen ist, dürfen nicht, wie dies bei der Einführung örtlicher Kurtaxen geschehen ist, dem obligatorischen Referendum dadurch entzogen werden, dass sie in irgendeine Verordnung hineingeschmuggelt werden. Auch der Umstand, dass die Beschlussfassung über die Erhebung der Kurtaxe in den einzelnen Gemeinden der Sanktionierung durch die Stimmberechtigten bedarf, kann die Umgehung des obligatorischen Referendums nicht rechtfertigen.

Es ist somit festzuhalten, dass der kantonale Delegationserlass ungültig ist. Dabei handelt es sich um die qualifizierte Ungültigkeit, die Nichtigkeit [106]). Die Nichtigkeit der Delegationsorm hat die Anfechtbarkeit der gestützt auf sie geschaffenen Erlasse zur Folge [107]). Die praktische Folge davon ist, dass gegen die Erhebung von Kurtaxen, welche gestützt auf die zur Zeit vorhandenen kommunalen Verordnungen eingefordert werden, kein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Dagegen kann theoretisch gegen neue örtliche Kurtaxenerlasse innert der zehntägigen Beschwerdefrist mit Erfolg rekurriert werden [108]).

2. Wesen und Rechtsnatur der Kurtaxe.

a) Begriff und Wesen der Kurtaxe.

Die Kurtaxe, wie sie im Kanton Schwyz erhoben wird, lässt sich definieren als eine öffentlichrechtliche Leistung, welche aus Anlass eines über ein bewohnbares Objekt zwischen einem Logisgeber und einem Logisnehmer vom erstern in Erwerbsabsicht und vom letztern zum Zweck eines Ferien- oder Reiseaufenthalts abgeschlossenen Mietvertrags vom Gast zu entrichten ist [108a]).

---

105) Ich verweise diesbezüglich auf die Ausführungen bei Reichlin 1 ff. (ZBl 44 201 ff.)

106) Näheres darüber s. unten 9. Kapitel, II.

107) S. unten 9. Kapitel Anm. 15.

108) Ich verweise in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in Kapitel 10, I, Ziff. 1.

108a) Vgl. Bachmann 153.

Als leistungspflichtiges Subjekt bezeichnet die schwyzerische Verordnung ausdrücklich den «Kurgast». Dabei wird der Begriff des Kurgastes nach allgemeiner Praxis sehr extensiv ausgelegt, sodass grundsätzlich alle Fremden darunter verstanden werden, soweit sie sich nicht zu beruflichen Arbeitszwecken an einem Kurort aufhalten [109]), also z. B. auch die Pilger in Einsiedeln, sowie Passanten aller Art. Die Bezeichnung Fremdentaxe, wie sie im Reglement von Einsiedeln gebraucht wird, ist daher zutreffender als der sonst überall übliche Terminus Kurtaxe.

Was die Stellung der Hoteliers und Inhabers von Pensionen und Ferienheimen betrifft, so geben ihr sämtliche schwyzerischen Kommunalreglemente Substitutionscharakter. Das Verhältnis zwischen Logisgeber und Gast bei der Kurtaxe ist das gleiche, wie zwischen Veranstalter und Besucher bei der Vergnügungssteuer [110]).

Als Objekt der Kurtaxe hat der zwischen dem Gastwirt und dem Fremden abgeschlossene Mietvertrag zu gelten und nicht etwa die Tatsache des Aufenthalts [111]).

b) Die Rechtsnatur der Kurtaxe.

Mit den obigen Angaben über das Wesen der Kurtaxe steht die Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Natur dieser Abgabeart noch aus. In der Literatur werden bei der Kurtaxe bald die Merkmale der öffentlich-rechtlichen Gebühr, bald jene der Vorzugslast hervorgehoben und schliesslich wird sie auch als Steuer bezeichnet [112]). Als das wesentliche Kriterium bei der rechtlichen Qualifikation der Kurtaxe muss nach herrschender Ansicht die Verwendungsart der Kurtaxengelder in Betracht gezogen werden [113]).

Soweit die Kurtaxengelder zur Deckung der durch den Aufenthalt der Gäste an einem Kurort erwachsenden Mehrkosten der öffentlichen Verwaltung (Aufenthalterkontrollen, Gästeregister, Auskunftseinrich-

---

109) Die meisten Kurtaxenreglemente machen ausdrückliche Vorbehalte zugunsten von Leuten, die sich zu Studien- oder Arbeitszwecken an einem Ort aufhalten (so z. B. Dienerschaft der Gäste, ferner Militärpersonen während der Dauer militärischer Uebungen usw.). Dagegen besteht für die Handelsreisenden gemäss konstanter Uebung nirgends Taxfreiheit.

110) S. oben VIII Ziff. 3.

111) Das Bundesgericht hat wiederholt festgelegt, dass der Aufenthalt als solcher keine Abgabepflicht begründet, wenn der Pflichtige in der Schweiz einen Wohnsitz hat (s. Blumenstein 40 und dort erwähnte Entscheide). — Eindeutig verfassungswidrig ist z. B. Art. 32 der Vollziehungsverordnung zum Walliser Kurtaxendekret: «Die Erhebung der Kurtaxe der Personen, die den Camping benützen, erfolgt durch die Landjägerei oder durch die Ortspolizei».

112) Mit der Kurtaxe als privatrechtlichem Entgelt befasse ich mich hier nicht, da ihr öffentlichrechtlicher Charakter im Kanton Schwyz nicht in Frage steht. (Vgl. BGE 53 II 382 betr. die Kurtaxe in Baden.)

113) BGE 46 I 414 und 67 I 204; ZBl 47 58; Giacometti in einem Gutachten zuhanden der Gemeinde Arosa vom 15. Februar 1939.

tungen usw.) herangezogen werden, sind sie als Gebühr zu werten. Ferner kann eine Kurtaxe die Merkmale der Gebühr tragen, wenn ihre Bezahlung den Charakter eines Pauschalbetrags trägt, dessen Erhebung von der Benützung gewisser Kurinstitutionen (Anstaltsbenützung) abhängig gemacht wird, was allerdings allgemein nur in allerseltensten Fällen zutreffen soll [114]).

Ein Grossteil der Autoren bezeichnet die Kurtaxe als Vorzugslast, beziehungsweise als Beitrag [115]). «Zur Vorzugslast gehört, dass dem Pflichtigen mit einer Leistung des Gemeinwesens ein Vorteil gewährt wird, der durch die besondere Belastung ganz oder teilweise ausgeglichen werden soll» [116]). Wie die Gebühr hat auch der Beitrag Aequivalenznatur; der Unterschied liegt darin, dass erstere die Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung oder für die Benutzung einer öffentlichen Anstalt darstellt, während die letztere als Entgelt für den Genuss eines besondern Vorteils oder Nutzens erhoben wird [117]). Soweit demnach die Kurtaxeneinnahmen für Veranstaltungen und Einrichtungen verausgabt werden, deren eigentlicher Zweck die Angenehmgestaltung des Ferien- und Erholungsaufenthaltes der Gäste bildet, qualifizieren sie sich als Beitrag.

Wie in früheren Fällen schon, hat das Bundesgericht in einem neuern, den Kanton Graubünden betreffenden Entscheid die Kurtaxe als Steuer bezeichnet, mit dem Hinweis allerdings, dass sie auch Elemente der Gebühr und des Beitrags enthalte [118]). Die Steuer wird begrifflich als pekuniäre Leistung umschrieben, «die der Staat oder ein durch ihn ermächtigtes öffentliches Gemeinwesen kraft seiner Gebietshoheit von den der letzteren unterworfenen Individuen zur Deckung seines Finanzbedarfs erhebt» [119]). Materiell für den Steuercharakter einer Abgabe spricht also namentlich deren Erhebung mit dem Ziel und aus dem Grund, den Finanzbedarf eines Gemeinwesens ganz oder teilweise zu decken. Soweit der Ertrag der Kurtaxe zur Erfüllung spezifischer Aufgaben des Gemeinwesens, wie zur Förderung der Wohlfahrt seiner Angehörigen oder zur Verschönerung des Landschaftsbildes verwendet werden, liegt eine Abgabe mit Steuercharakter vor. Der Unterschied zwischen der Kurtaxe als Beitrag einerseits und als Steuer anderseits ist, wenn man die Verwendungsart ins Auge fasst, evident. Die Zweckbestimmung des Beitrags liegt in erster Linie darin, der Erholung und Unterhaltung der Gäste fördernd zu dienen; der indirek-

---

114) Bachmann 29.
115) Fleiner 429, Giacometti in seinem Gutachten zuhanden der Gemeinde Arosa vom 15. Februar 1939, Ruppert W. im ZBl 47 57 ff.
116) BGE 67 I 309.
117) Unzutreffend m. E. Bachmann 34, der den Beitragscharakter der Kurtaxe deshalb in Abrede stellt, weil er als Beitrag eine Abgabe nur für geldwerte Vorteile bezeichnet.
118) BGE 67 I 200 ff.
119) Blumenstein 1.

te Nutzen, der den Ortsansässigen dadurch erwächst, dass sie durch die Hebung des Fremdenverkehrs wirtschaftliche Vorteile erzielen, ist in diesem Fall nur Reflexwirkung. Bei der Kurtaxe als Steuer dagegen haben deren Erträgnisse unmittelbar den Aufgaben und Erwerbszwekken der Gemeinde und ihrer Angehörigen zu dienen, während die Gäste höchstens mittelbar davon profitieren. Dabei kann es Aufwendungen geben, bei denen man sich fragen kann, ob sie in erster Linie im Interesse der Gäste oder der Ortsansässigen gemacht werden, so z. B. die Ausgaben für Weganlagen und Strassenverbesserungen oder Schneeräumungsarbeiten usw.

Nach dem Gesagten kann die Kurtaxe grundsätzlich ebensogut als Steuer wie als Beitrag oder aber als Gebühr organisiert sein. Meistens wird es sich um eine Abgabe handeln, welche Merkmale aller drei genannten Abgabearten enthält, und es ist dann im einzelnen Fall zu untersuchen, welche Elemente dominieren.

Prüfen wir die Kurtaxenpflicht an den schwyzerischen Fremdenplätzen auf ihren materiellen Rechtsgrund, so finden wir, dass sie nicht oder höchstens in geringem Umfang als Entgelt für eine besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung zu dienen hat. Völlig unbekannt scheint im Kanton Schwyz sodann die Erhebung der Kurtaxe als Pauschalbetrag für die Benützung öffentlicher Kurinstitutionen mit Anstaltscharakter zu sein [120]). Sie ist daher nicht als Gebühr zu taxieren. Auch als Vorzugslast kann die Kurtaxe im Kanton Schwyz nicht gewertet werden, da die Kurtaxengelder zum grössten Teil nicht für Veranstaltungen und Einrichtungen, die im direkten Interesse der Gäste liegen, verwendet werden. Dagegen erscheinen, wenn man auf die Verwendungsart der Gelder abstellt, die Voraussetzungen als gegeben, welche eine Steuer im eigentlichen Sinn des Wortes erkennen lassen. Tatsächlich werden an allen schwyzerischen Kur- und Fremdenorten die Erträgnisse der Kurtaxen zu mehr als 50 % im direkten Interesse der Gemeinden und der Ortsansässigen verwendet. Den weitaus grössten Ausgabeposten bilden überall die Auslagen für die Fremdenwerbung, welche zweifelsohne eine Aktion im Interesse der Kurorte und der einheimischen Bevölkerung darstellt, da sie ja in erster Linie dem Erwerbszweck der Gemeinde und ihrer Angehörigen dienen soll. Dementgegen bilden die Aufwendungen und Beiträge für den Unterhalt von Kurorchestern, für die Einrichtung von Ruhebänken, die Markierung der Wege und Skipisten und ähnliche Auslagen zum direkten Vorteil der Gäste überall relativ kleine Posten.

Wie das Bundesgericht im Hinblick auf den Kanton Graubünden ausführt, mag die Zuweisung grosser Beiträge aus den Kurtaxen-Einnahmen an die Propagandarechnung der Verkehrsvereine Bedenken erwecken. Vom Standpunkt der schwyzerischen Gemeinden aus sind

---

120) Diese, sowie die folgenden Angaben über die Verwendungsart der Kurtaxengelder beruhen auf privaten Mitteilungen der Kur- und Verkehrsvereine.

diese Bedenken jedoch kaum erheblich, wenn man schon von der Fassung der kantonalen Delegationsnorm ausgeht, welche vorsieht, dass die Kurtaxengelder «ausschliesslich zur Förderung des Fremdenverkehrs zu verwenden sind». Es ist nicht zu bestreiten, dass Reklame und Propaganda dem Zweck der Fremdenverkehrsförderung in augenfälliger Weise dienen. Gestützt auf die Basis des positiven kantonalen Rechts erscheint die Befugnis der Gemeinden zur Erhebung der Kurtaxe als Zwecksteuer mit dem Ziel der Fremdenwerbung gegeben.

3. Bundesverfassungsmässige Schranken der Kurtaxen.

Umstritten und nicht eindeutig abgeklärt ist die Frage, wie weit bei der Erhebung der Kurtaxe geschritten werden kann, ohne mit Art. 4 BV und Art. 46 Abs. 2 BV in Kollision zu treten.

a) Die Kurtaxen und das Prinzip der Rechtsgleichheit.

Wenn und insoweit die Kurtaxe als Vorzugslast ausgestaltet ist, kann eine Kurtaxenordnung tatsächlich leicht gegen das Prinzip der Rechtsgleichheit verstossen. Dies ist namentlich der Fall, wenn auch Gäste, die von den Kureinrichtungen keinen Gebrauch machen können (z. B. bettlägerige Patienten in Sanatorien) die Taxe bezahlen müssen, während beispielsweise die Einheimischen, welche von den Annehmlichkeiten der Kurinstitutionen persönlich profitieren, taxfrei sind. Aber auch unter dem Gesichtspunkt der Steuer kann eine rechtsungleiche Behandlung vorliegen. Dies dürfte dann der Fall sein, wenn alle Logisnehmer in einer Ortschaft mit gleichen Abgaben belastet werden. Es darf nämlich grundsätzlich ein und derselbe Rechtssatz nicht auf verschiedene Fälle angewandt werden, wenn tatsächlich eine erhebliche Verschiedenheit vorliegt [121]). Ein solcher erheblicher Unterschied, welcher unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV eine differenzierte Behandlung erheischt, besteht nun allerdings zwischen dem Feriengast und dem Handelsreisenden oder dem kranken Patienten, welche aber fast allgemein zu den gleichen Sätzen taxpflichtig sind [122]).

b) Kurtaxe und Doppelbesteuerung.

Gegen die Erhebung der Kurtaxe wurde schon öfters deshalb opponiert, weil sie gegen die Schranken des Doppelbesteuerungsverbots verstosse. Das Bundesgericht hat jedoch wiederholt festgelegt, dass Art. 46 Abs. 2 BV auf Abgaben von der Art der Kurtaxe keine Anwendung finde [123]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht die Kurtaxe als indirekte Steuer nur mit einer das gleiche Ob-

---

121) Burckhardt 29 f.
122) Vgl. ZBl 47 57.
123) BGE 64 I 307, 67 I 204. Dagegen wurde in BGE 46 I 406 ff. die zürcherische Hotelkontrollgebühr als verfassungswidrig erklärt, weil sie auf gleicher Stufe mit der allgemeinen Vermögens- und Einkommenssteuer stehe.

jekt belastenden Steuer, niemals aber mit der allgemeinen Vermögens- und Einkommenssteuer in Konkurrenz. Formal ist dieser Standpunkt zweifelsohne zutreffend. Es darf aber nicht übersehen werden, dass für den Pflichtigen die Erhebung der Kurtaxe neben der Abgabe der Vermögens- und Einkommenssteuer nicht selten, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich auf eine Doppelbesteuerung hinauskommt [124]). Die Forderung, dass diesbezügliche stossende Härten durch entsprechende Bestimmungen gemildert werden sollten, erscheint durchaus gerechtfertigt.

4. Vergleichendes.

a) Unterschiede zwischen den einzelnen Kommunalreglementen.

Die kommunalen Kurtaxenreglemente stellen als typische Vollziehungsverordnungen ein Gemisch von Rechtssätzen und Verwaltungsvorschriften dar. Die Kurtaxe wird in folgenden Gemeinden erhoben: Ingenbohl, Oberiberg, Gersau, Einsiedeln, Küssnacht und Morschach. Hervorstechende Unterschiede zwischen den diversen Kurtaxenreglementen bestehen nur bezüglich der Betrauung mit der Ausübung der Gläubigerrechte und inbezug auf die Höhe der Taxen-Ansätze.

Als Anspruchsberechtigte hat beim Kurtaxenverhältnis die Gemeinde zu gelten. Mit der Ausübung der Gläubigerrechte wurde fast überall eine öffentlichrechtliche Kommission betraut, die sich aus Vertretern der Kur-, Verkehrs- oder Hoteliersvereine zusammensetzt. Eine andere Regelung wurde im Bezirk Küssnacht getroffen. Dort wurde diese Aufgabe einer privaten Körperschaft, nämlich dem Verkehrs- und Verschönerungsverein Küssnacht-Immensee übertragen.

Wesentliche Differenzen sind sodann bezüglich der Höhe der Ansätze in den einzelnen Gemeinden festzustellen. In den Reglementen von Einsiedeln, Küssnacht und Gersau ist ein bestimmter Satz pro Person und Logisnacht festgesetzt, während an den andern Orten zur Bestimmung der Höhe der Kurtaxe die Kur-, Verkehrs- oder Wirtevereine zuständig sind. Die Ansätze variieren von Gemeinde zu Gemeinde zwischen 10 und 50 Rp. An einigen Orten ist auch ein erheblicher Unterschied innert der Gemeinde zu erkennen [125]). In diesem Falle trägt die Abgabe wesentliche Merkmale einer Aufwandsteuer. Es liesse sich darüber diskutieren, ob diese Art der Kurtaxenerhebung nicht

---

[124]) So im Falle des BGE 67 I 200.

[125]) Z. B. Art. 2 der Kurtaxenverordnung von Gersau: «Jeder in Gersau in Hotels oder Privatlogis weilende und zahlende Kurgast ist pflichtig, eine Kurtaxe zu zahlen. Die Kurtaxe wird jährlich vom Bezirksrat Gersau pro Person und Logisnacht festgesetzt wie folgt:
a) Im Dorfrayon (Thal, Rotacher, Gütsch, Seehof) 20—25 Cts.
b) Für Gäste der allg. Abteilung des Erholungsheims 10—25 Cts.
c) Ausserhalb des sub a) genannten Rayons 10—25 Cts.
d) Für Schulen und Gäste der Jugendherberge kann der Bezirksrat eine angemessene Kurtaxe eintreten lassen.»

ähnlich wie die zücherische Hotelkontrollgebühr [126]) als verfassungswidrig anzusehen ist.

b) Vergleiche mit andern Kantonen.

Vergleiche mit der Kurtaxenerhebung in andern Kantonen liessen sich mannigfach aufstellen. Es sollen hier in einer kurzen Zusammenfassung nur die Verschiedenheiten, welche die Kompetenzabgrenzung bei der Einführung der Kurtaxe und der rechtssatzmässigen Regelung derselben betreffen, summarisch angeführt werden [127]).

In folgenden Kantonen sind gestützt auf einen kantonalen Delegationserlass die Gemeinden zur Einführung der Kurtaxe und zur näheren Regelung derselben ermächtigt: Bern, Luzern, Uri, Nidwalden, Glarus, St. Gallen, Azzenzell-A.Rh. und Waadt. In Appenzell-A.-Rh. und in Glarus findet sich die Ermächtigungsklausel in einem Spezialerlass. Die Zuständigkeitsverhältnisse sind in diesen beiden Kantonen die gleichen wie im Kanton Schwyz. In den andern der obgenannten Kantone stützen sich die Gemeinden bei Erlass von Kurtaxenordnungen auf die allgemeine gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung von Spezialsteuern.

Eine Sonderstellung nimmt der Kanton Graubünden ein. Dort sind einerseits die Gemeinden kraft autonomen Rechts zur Erhebung von Kurtaxen befugt und anderseits wird noch eine kantonale Beherbergungsabgabe eingezogen.

Kantonale Fremdentaxen werden ausser in Graubünden noch in den Kantonen Zug, Basel-Stadt, Tessin und Wallis erhoben. In den übrigen Kantonen, also in Freiburg, Solothurn, Basel-Land, Schaffhausen, Appenzell-I.Rh., Aargau, Thurgau, Neuenburg und Genf gibt es weder kantonale noch kommunale Rechtsnormen, welche den Bezug einer Kurtaxe oder einer ähnlichen Abgabe vorsehen. Immerhin ist damit auch in den letztgenannten Kantonen der Bezug einer Kurtaxe nicht unbedingt ausgeschlossen. Es kommt aber höchstens ein privatrechtliches Entgelt und nicht eine öffentlichrechtliche Abgabe in Frage [128]).

---

[126]) S. oben Anm. 123.

[127]) Die nachfolgenden Angaben stützen sich auf die Ausführungen von Bachmann 45 ff.

[128]) So die Kurtaxe von Baden (s. BGE 53 II 382).

4. Kapitel

Strafbestimmungen

In der Rechtssetzungsbefugnis ist sinngemäss auch die Kompetenz enthalten, die erlassenen Rechtssätze durch Strafandrohung durchzusetzen [1]).

Ein Teil der kantonalen Delegationserlasse erwähnt diese Strafbefugnis ausdrücklich, und in einzelnen Fällen wird gleichzeitig der Strafrahmen festgesetzt, an den sich die kommunalen Reglemente zu halten haben [2]). In jenen Fällen, in denen die kantonalen Delegationsgesetze und -verordnungen den Gemeinden nicht ausdrücklich das Recht einräumen, Strafnormen aufzustellen [3]), ist nach der eingangs erwähnten Regel die Befugnis der Gemeinden zur Strafandrohung ebenfalls gegeben. Auch hier sind die Gemeinden jedoch bei der Festlegung des Strafrahmens nicht völlig frei. Wenn auch angenommen werden kann, Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 des Strafgesetzbuches beschränke das kantonale Verwaltungsrecht nicht auf die Uebertretungsstrafen (Haft, Busse) [4]), so macht hier § 6 EG zum Strafgesetzbuch Regel. Danach sind der Kantonsrat und der Regierungsrat befugt, auf Zuwiderhandlungen gegen ihre oder von ihnen genehmigte Verordnungen (Reglemente und Beschlüsse), die im Rahmen von Verfassung und Gesetz erlassen werden, Haft oder Busse anzudrohen. Die Gefängnisstrafe ist somit kraft kantonalen Rechts als Strafe für derartige Verordnungen ausgeschlossen [5]). Was für den Kantonsrat und den Regierungsrat gilt, hat a fortiori auch für die Gemeinde Geltung. In gewissen Fällen sind die Strafen, welche die Gemeinden androhen können, noch enger beschränkt, nämlich dort, wo das kantonale Recht die betreffende Materie in der Haupt-

---

1) Vgl. Oswald 497a und die dort zitierten Autoren und Gerichtsentscheide.

2) Diese Fälle, in denen durch das kantonale Recht die Möglichkeit und der Umfang der Strafandrohung speziell umschrieben werden, sind: Baugesetz § 11 Abs. 3 (Strafmaximum Busse von 500 Fr.) und Feuerpolizeiverordnung § 51 Abs. 3 und § 62 (zulässiges Strafmass 5—500 Fr.).

3) Dies gilt namentlich auch dort, wo an Stelle des gesetzten Delegationserlasses eine gewohnheitsrechtliche Delegationsnorm steht. (S. oben 3. Kapitel, III und IV.)

4) Burckhardt 593.

5) Sollte in früheren kantonalen oder kommunalen Erlassen gemäss dem damals geltenden Polizeistrafgesetz des Kantons Luzern (s. SRB 217 § 42) eine Gefängnisstrafe angedroht sein, so ist statt dessen auf Haft bis höchstens 30 Tage zu erkennen. Die betreffenden Tatbestände gelten als Uebertretungen.

sache selber geregelt und seine Normen bereits mit Strafen versehen hat und die Gemeinden nur zum Erlass ergänzender Bestimmungen befugt sind. Hier dürfen die Gemeinden zum Schutz ihrer ergänzenden Normen keine höheren Strafen androhen, als es der Kanton für seine Bestimmungen tut [6]).

Aber selbst jene Vorschriften, deren Uebertretung nicht besonders unter Strafe gestellt ist [7]), können gemäss Art. 292 des Strafgesetzbuches wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen erzwungen werden. Fraglich erscheint mir die Zulässigkeit von § 45 EG zum Strafgesetzbuch [8]). Eine so allgemeine Umschreibung des Tatbestandes verstösst wohl gegen den in Art. 1 des Strafgesetzbuches enthaltenen Grundsatz der Tatbestandsmässigkeit. Art. 1 des Strafgesetzbuches gilt gemäss § 2 des kantonalen Einführungsgesetzes vom 9. November 1941 auch für das kantonale Recht und überdies hat das Bundesgericht den Grundsatz nullum crimen, nulla poena sine lege aus Art. 4 BV abgeleitet [9]).

---

6) Dieser Fall ergibt sich aus § 18 der Verordnung betreffend Friedhof- und Begräbniswesen (SRB 1069), wo als Maximalstrafe Busse von 100 Fr. vorgesehen ist, ferner aus § 5 der Polizeiverordnung betreffend Sonn- und Feiertagsruhe (SRB 1101), welcher Busse von 5—50 Fr. (im Wiederholungsfall das Doppelte) vorsieht und schliesslich aus § 6 des Vergnügungssteuergesetzes (SRB 624), der den Strafrahmen mit Busse von 20—100 Fr. angibt.

7) Oft wird es unterlassen, z. B. an die Jaucheausfuhrverbote ausdrücklich eine Strafandrohung für Uebertretungsfälle anzuknüpfen.

8) «Wer einer durch Gesetz oder Verordnung erlassenen Vorschrift oder einer andern allgemein verbindlichen, öffentlich bekannt gemachten Anordnung oder Verfügung einer zuständigen Behörde oder Amtsstelle nicht Folge leistet, wird, wenn nicht eine andere Strafe angedroht ist, mit Haft oder Busse bestraft.»

9) S. Burckhardt 44 und dort zitierte Entscheide.

III. ABSCHNITT

5. Kapitel

Das zuständige Organ

I. Gesetzlich geregelte Fälle.

Die Frage nach dem zur Rechtssetzung kompetenten Gemeindeorgan findet im schwyzerischen Gesetzestext keine allgemeingültige Antwort. In den einzelnen kantonalen Delegationsgesetzen und -verordnungen wird meistens das zuständige Organ direkt bezeichnet.

So ergibt sich die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung für den Erlass der lokalen Baureglemente aus § 5 des Baugesetzes, für die Einführung der Vergnügungssteuer aus § 2 des Vergnügungssteuergesetzes und für die Einführung der Handänderungssteuer aus § 1 des Handänderungssteuergesetzes. Der Gemeinderat wird als erlassende Behörde bestimmt zur Aufstellung von Feurlösch- und Windwachtreglementen (§§ 48 und 51 der kantonalen Feuerpolizeiverordnung), von Friedhof- und Begräbnisverordnungen (§ 6 der kantonalen Verordnung über das Friedhof- und Begräbniswesen) und von Regulativen betr. die Sonntagsruhe (§ 4 der kantonalen Verordnung betr. die Sonn- und Feiertagsruhe).

Der Gemeinderat kann ein durch ihn geschaffenes Reglement freiwilligerweise der Genehmigung durch die Aktivbürgerschaft unterwerfen, was tatsächlich häufig vorkommt. Dagegen kann die Gemeindeversammlung nicht ohne konstitutiv wirkenden Genehmigungsvorbehalt auf dem Delegationsweg den Erlass eines Baureglementes oder die Beschlussfassung über die Einführung der Handänderungs- oder der Vergnügungssteuer dem Gemeinderat oder einer andern Behörde überlassen, weil diese Kompetenzen durch Gesetz ausdrücklich und ausschliesslich der Sanktionierung durch die stimmberechtigten Gemeindebürger vorbehalten sind. Dies schliesst freilich die Ermächtigung des Gemeinderates oder einer Kommission zur Aufstellung von Ergänzungs- und Vollziehungsvorschriften in dieser Materie nicht aus.

II. Die Fälle ohne spezielle gesetzliche Regelung.

Neben den oben genannten Fällen, in denen das zuständige Organ unmissverständlich bezeichnet ist, wird in einzelnen Delegationserlassen «die Gemeinde» mit einer Rechtsetzungsfunktion ausgestattet, ohne Nennung eines bestimmten Organs. Eine solche Klausel findet sich in § 22 Abs. 3 der Verordnung über Niederlassung und Aufenthalt, wo den Gemeinden das Recht zur Erhebung einer Kurtaxe eingeräumt wird [1]. Offen ist die Frage nach dem zuständigen Organ ebenfalls dort, wo die Rechtssetzungsbefugnis nicht aus einer gesetzten Norm abgeleitet wird [2].

Für diese Fälle hat der Regierungsrat seiner Zeit in einem Entscheid ohne nähere Begründung die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung als gegeben erklärt. Diese regierungsrätliche Feststellung dürfte unbestritten sein, erfolgt doch bei uns die Beschlussfassung über alle wichtigen Kommunalangelegenheiten durch die Kirchgemeinde. Infolge der besonderen Kleinheit der Verhältnisse ist in den Gemeinden der Raum für die unmittelbare Demokratie ein sehr weiter, sodass die Rechtssetzung als primär der direkten Volksherrschaft zugedachte Funktion zweifelsohne dem höchsten Gemeindeorgan obliegt.

6. Kapitel

Das Verfahren

I. Fälle mit vorgeschriebenem Verfahren.

Im schwyzerischen Recht sind keine grundsätzlichen Bestimmungen enthalten, welche allgemein das Verfahren regeln für den Erlass von Reglementen oder einzelnen Vorschriften mit Rechtssatzcharakter. Eine eingehende Regelung ist einzig für die Aufstellung von Bauvorschriften und Bebauungsplänen festgelegt. Daneben ist in den Gesetzen über die Handänderungssteuer und über die Vergnügungssteuer noch angeordnet, dass die Abstimmung über die Einführung der örtlichen Handänderungs- bzw. Vergnügungssteuer in geheimer Abstimmung zu erfolgen hat.

Nähere Bestimmungen über einzuhaltende Verfahrensvorschriften sind, wie bereits erwähnt wurde, einzig für die Aufstellung der kom-

[1] S. oben 3. Kapitel X, Ziff. 1.
[2] S. oben 3. Kapitel III und IV.

munalen Bauordnung vorgesehen. Die verschiedenen Verfahrensstadien (Ausarbeitung, Abstimmung, Publikation und Genehmigung) sind in den §§ 4—8 des Baugesetzes präzisiert umschrieben. Die vom Gemeinderat ausgearbeiteten Bauvorschriften und Bebauungspläne sind während dreissig Tagen öffentlich aufzulegen. Die Auflage ist im Amtsblatt und in sonst ortsüblicher Weise [1]) bekannt zu machen, mit der Mitteilung, dass Einsprachen während der dreissigtägigen Auflagefrist in schriftlicher Form beim Gemeinderat anzubringen sind. Die Einsprachen müssen vom Gemeinderat geprüft und nach Möglichkeit auf dem Wege der Verständigung erledigt werden. Hierauf sind Bebauungspläne und Bauvorschriften vor die Gemeindeversammlung zur Abstimmung zu bringen und nach beschlossener Annahme hat noch die Genehmigung durch den Regierungsrat zu erfolgen. Schliesslich sind die in Rechtskraft tretenden Bauvorschriften vom Gemeinderat nach Weisung des Regierungsrates in entsprechender Weise zu veröffentlichen.

Die Beobachtung der Verfahrensvorschriften der §§ 4 ff. des Baugesetzes ist eine unerlässliche Voraussetzung für den Rechtsbestand von Bauvorschriften und Bebauungsplänen einer Gemeinde. Dies ist in einem Entscheid der Kassationsbehörde [2]) eindeutig festgelegt worden und auch der Regierungsrat hat als aufsichtsbehördliche Genehmigungsinstanz wiederholt im gleichen Sinn entschieden [3]). Der Mangel der Missachtung von Formvorschriften bei Erlass von Gemeindebauordnungen vermag auch durch die Sanktionierung des Reglements durch die Gemeindeversammlung nicht geheilt zu werden. Diese rigorose Anwendung der Bestimmungen über die Verfahrensformen ist mit Rücksicht auf die Tragweite der lokalen Bauordnungen geboten. Die Bauordnungen stellen den weitaus wichtigsten Fall der kommunalen Rechtssetzung dar. In keiner andern Materie kann die Satzungsgewalt der Gemeinden so weitgehend in die Rechte der Bürger eingreifen. Die strenge Einhaltung der relativ kompliziertern Formvorschriften erscheint im Interesse der Betroffenen (auch der nicht in der Gemeinde wohnenden) als gerechtfertigt, wenn nicht als notwendig. Aber auch für eine genügende Abklärung zuhanden der Gemeindeversammlung ist das qualifizierte Verfahren mit langer Auflagefrist und weitgehender Bekanntmachung erforderlich.

---

1) «Unter ‚ortsüblicher' Veröffentlichung ist der öffentliche Anschlag oder auch die Veröffentlichung in der Ortspresse zu verstehen». (RRB Nr. 2195 vom 29. September 1944.)
2) RBR 1929 42 ff.
3) RRB Nr. 2700 vom 30. Dezember 1938 und Nr. 2195 vom 29. September 1944.

II. Fälle ohne vorgeschriebenes Verfahren.

1. Rechtserlasse des Gemeinderates.

Für das gültige Zustandekommen und das Inkrafttreten gemeinderätlicher Rechtserlasse sind nur zwei formelle Erfordernisse vorausgesetzt: Erstens muss der betreffende Rechtssetzungsakt in Anwesenheit der Mehrzahl sämtlicher Gemeinderatsmitglieder erfolgt sein [4]) und zweitens hat eine genügende, den Umständen und Verhältnissen entsprechende Publikation zu erfolgen. Reglemente, die dem Bürger eine Reihe von Pflichten und Verhaltungsmassregeln vorschreiben (z. B. Feuerlöschordnung), werden in der Regel in zahlreichen Ausfertigungen an die Bevölkerung abgegeben, meistens erfolgt Zustellung je eines Exemplars in jede Haushaltung. Einzelrechtssätze dagegen (z. B. Jaucheausfuhrverbote) werden im allgemeinen durch öffentlichen Anschlag und Publikation im Amtsblatt kund gemacht; daneben erfolgt meistens, besonders in den grössern Talgemeinden, noch die Bekanntmachung in der Ortspresse. Es ist ohne weiteres klar, dass eine ordnungsgemässe Veröffentlichung wesentliche Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit eines gemeinderätlichen Rechtserlasses ist, auch wenn das Gesetz hierüber keine besondere Bestimmung enthält.

2. Rechtserlasse der Gemeindeversammlung.

a) Allgemeines.

Eingehende positivrechtliche Anordnungen über das Verfahren bei der rechtssetzenden Tätigkeit der Gemeindeversammlung fehlen.

Es sind drei Verfahrensstadien, die von Interesse sind, zu unterscheiden: Die Ausarbeitung, die Abstimmung und die Veröffentlichung.

b) Die Ausarbeitung.

Die Ausarbeitung der Reglemente erfolgt im allgemeinen durch den Gemeinderat oder durch eine Spezialkommission. Daneben besteht auch die Möglichkeit, dass aus der Mitte der Aktivbürgerschaft Satzungsvorlagen zur Abstimmung gebracht werden.

c) Die Einberufung der Gemeindeversammlung und der Abstimmungsmodus.

Ueber die Einberufung der Gemeindeversammlung oder über die Bekanntgabe der zu behandelnden legislatorischen Geschäftstraktanden weist die kantonale Gesetzgebung keine nähere formellen Bestimmungen auf. Einzig, wenn Geschäfte zur Diskussion stehen, welche die

---

[4]) § 9 der Administrativprozessordnung (SRB 538), der vorschreibt, dass die Anwesenheit der Mehrzahl sämtlicher Mitglieder des Gemeinderates zur Beschlussfassung erforderlich ist, hat allgemeine Gültigkeit. S. auch Simon 79.

finanziellen Verhältnisse der Gemeinden beschlagen und wenn Voranschläge und Jahresrechnungen behandelt werden, sieht das positive Recht vor, dass spätestens 8 Tage vor Abhaltung der Gemeindeversammlung deren Einberufung unter Bekanntgabe der zu behandelnden Geschäfte erfolgen muss [5]). Nach konstanter Praxis gilt jedoch dieser Termin von 8 Tagen zur Einberufung der Kirchgemeinde unter Bekanntgabe der Traktanden nicht nur für Verhandlungen, welche die finanziellen Verhältnisse der Gemeinden betreffen, sondern ebenfalls für alle übrigen Kommunalgeschäfte der Gemeindeversammlung, namentlich auch für die Ausübung der Rechtssetzungsfunktionen. Es handelt sich hiebei um einen ungeschriebenen Rechtssatz, der im Interesse einer geordneten Verwaltungs- und Rechtssetzungstätigkeit geboten ist und allgemein eingehalten wird. Diese gewohnheitsrechtliche Norm ist sowohl bei geheimen Abstimmungen als auch bei solchen durch offenes Handmehr in gleicher Weise einzuhalten. Somit müssen alle Rechtserlasse, über welche die Aktivbürgerschaft abzustimmen hat, mindestens 8 Tage vor Abhaltung der Gemeindeversammlung bekannt gemacht werden. Der vorgeschlagene Text wird eine Woche oder mehr vor der Abstimmung zur öffentlichen Einsicht aufgelegt. Meistens werden die Vorlagen der zu behandelnden Reglemnte mindestens 8 Tage vor Abhaltung der Gemeindeversammlung im Druck unter die Stimmfähigen verteilt.

Die Abstimmung erfolgt durch offens Handmehr. Geheime Abstimmung erfolgt nur in den Fällen, für die ausdrücklich das Urnensystem vorgesehen ist [6]).

d) Die Veröffentlichung.

Einer kurzen Abklärung bedarf noch die Frage nach der Art und Weise, wie die Publikation der durch die Kirchgemeinde erlassenen Rechtssätze zu erfolgen hat. Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmungen.

Grundsätzlich hat der Gemeinderat die allgemein-verbindlichen Normen, welche durch die Gemeindeversammlung statuiert werden, in ähnlicher Weise zu veröffentlichen wie die gemeinderätlichen Rechtserlasse. In der Praxis, besonders in kleineren Gemeinden, wird allerdings der Eröffnung des Abstimmungsresultates anlässlich der Kirchgemeinde genügende Publikationswirkung beigemessen, sodass bisweilen eine weitergehende Veröffentlichung unterbleibt. Grundsätzliche Erwägungen allerdings sprechen gegen das Genügen einer solchen «Veröffentlichung». Die Rechtserlasse der Gemeindeversammlung betreffen allgemein nicht bloss die anwesenden Aktivbürger, sondern weitere Kreise. Ein geordnetes Rechtssetzungsverfahren verlangt daher eine entsprechende weitergehende Publikation. Bezüglich der Art und Weise der Veröffentlichung kann hier allgemein das über die Publikation der gemeinderätlichen Rechtserlasse Gesagte gelten.

---

[5]) Rechnungsgesetz § 31.
[6]) S. oben I.

7. Kapitel

Die Aufhebung und Abänderung von Rechtserlassen

I. Die Aufhebung.

Grundsätzlich gilt der allgemeine Satz, dass für die Aufhebung von Rechtssätzen die gleichen Formvorschriften einzuhalten sind wie für deren Erlass. Für die Baureglemente ist dies sogar ausdrücklich vorgesehen [1]).

Eine Lockerung des Grundsatzes betreffend Gleichheit des Verfahrens sowohl für den Erlass als auch für die Aufhebung von Kommunalrechtssätzen greift inbezug auf die oberaufsichtliche Genehmigung Platz, denn bei der Aufhebung genehmigungspflichtiger Reglemente wird von der Einholung der Genehmigung häufig Umgang genommen. Dies mag dann als angängig erscheinen, wenn es sich um die Aufhebung von Kommunalnormen handelt, zu deren Erlass die Gemeinde nur berechtigt und nicht verpflichtet ist [2]), und wenn das positive Recht nicht auch für die Aufhebung des betreffenden Erlasses die regierungsrätliche Kontrolle vorsieht.

Die Aufhebung von kommunalen Rechtssätzen geschieht häufig durch Erlass einer höherrangigen positiven Norm, welche die tieferrangigen, mit ihr in Widerspruch stehenden Rechtssätzen explicite oder implicite aufhebt [3]). Auch bei Rechtssetzungsprodukten gleicher Stufe kommt es vor, dass ein neuer Erlass den ältern aufhebt.

Es bleibt in diesem Zusammenhang die Frage zu beantworten, ob durch die verordnungsmässige Regelung einer Materie ein früherer gleichrangiger Erlass über dieselbe Materie (z. B. ein altes und ein neues Baureglement) durch die neue Verordnung ohne ausdrückliche

---

1) S. Baugesetz § 9 Abs. 1, sowie RBR 1931 29 f. — vgl. auch die Gleichheit des Verfahrens für die Einführung und die Aufhebung der Handänderungs- und Vergnügungssteuer gemäss § 1 Abs. 2 des Handänderungssteuergesetzes und § 2 des Vergnügungssteuergesetzes.

2) Die meisten Rechtssetzungsakte der Gemeinden gehören dem fakultativen Aufgabenkreis an. Ausnahmen: Die Feuerlösch- und die Bestattungsreglemente.

3) Viele der gegenwärtig gehandhabten örtlichen Friedhof- und Feuerlöschreglemente sind durch die kantonale Verordnung betr. das Friedhof- und Regräbniswesen von 1935, bzw. durch die kantonale Feuerpolizeiverordnung von 1938 teilweise derogiert.

positive Bestimmung als aufgehoben zu betrachten ist, oder ob nur die mit dem neuen Reglement in Widerspruch stehenden Normen durch den neuen Erlass ausser Kraft gesetzt werden. Ich halte dafür, dass, gewohnheitsrechtliche Derogation vorbehalten, eine Verordnung, soweit sie nicht durch höherstufige oder später geschaffene gleichrangige Rechtserlasse derogiert wurde, bis zu ihrer ausdrücklichen Aufhebung als gültig zu betrachten ist, da ein bestehender Rechtssatz nicht von selbst aus der Welt geschafft wird. Meistens ist es ja so, dass das neue Reglement das alte ausdrücklich aufhebt. Es gibt aber auch Fälle, wo dies nicht zutrifft und die aufgeworfene Frage daher aktuelles Interesse gewinnt [4]).

II. Die Abänderung.

Für die Abänderung von Reglementen sind die gleichen Vorschriften massgeblich wie für deren Erlass. Dies trifft auch bezüglich der in genehmigungspflichtigen Fällen vorgesehenen aufsichtsbehördlichen Kontrolle zu [5]).

8. Kapitel

Die Genehmigung

I. Die Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen.

Der Kanton, der den Gemeinden für bestimmte Fälle die Kompetenz zu rechtssetzender Tätigkeit übertrug, muss die Gewähr besitzen, dass die Gemeinden sich beim Erlass von generellen und abstrakten Normen innert den Schranken der Rechtsordnung halten. Bei den wichtigeren Fällen der Selbstgesetzgebung hat das positive kantonale Recht daher, um die in Rechtssetzungsangelegenheiten oft recht unkundigen Gemeinden vor Fehltritten zu schützen, die staatliche Genehmigung des betreffenden Kommunalerlasses als Obligatorium vorgesehen.

---

4) Die alte Bauordnung der Gemeinde Lachen aus dem Jahre 1915 wurde durch die neue von 1943 nicht aufgehoben. Da die neue Bauordnung, im Gegensatz zur alten, das Verfahren, welches bei Nichtbefolgung des Reglements einzuschlagen ist, nicht regelt, haben m. E. die betreffenden Verfahrensvorschriften von 1915 heute noch Geltung.

5) S. § 3 der Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen (SRB 165).

Das schwyzerische Verwaltungsrecht befasst sich mit der Genehmigung in einer besondern Verordnung. Diese Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen vom 18. November 1933 beschränkt das Anwendungsgebiet der Genehmigung auf die in den kantonalen Gesetzen und Verordnungen besonders erwähnten Fälle. Bei der Aufzählung der einzelnen Anwendungsfälle in § 2 der genannten Verordnung handelt es sich nur um eine beispielsweise Enumeration, der kein abschliessender Charakter zukommt. So sind denn auch die nicht angeführten lokalen Friedhofs- und Bestattungsreglemente gemäss § 6 der kantonalen Verordnung über das Friedhof- und Begräbniswesen der Genehmigungspflicht unterworfen; das gleiche gilt gemäss § 22 Abs. 3 der Verordnung über Niederlassung und Aufenthalt für die Kurtaxenreglemente der Gemeinden [1]). Im übrigen sind die genehmigungspflichtigen Reglemente mit rechtssatzmässigen Normen in § 2 der Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen aufgezählt, nämlich die Bauordnungen (§§ 6 und 7 des Baugesetzes), die Feuerlöschordnungen (§ 51 Abs. 2 der Feuerpolizeiverordnung) und die Polizeireglemente betreffend die Sonn- und Feiertagsruhe (§ 4 der kantonalen Verordnung betreffend die Sonn- und Feiertagsruhe) [2]). Den genannten Reglementen sind deren Abänderungen gleichgestellt.

Die Genehmigung erfolgt durch den Regierungsrat [3]), welcher die Genehmigungsbeschlüsse auf Kosten der Gemeinden im Amtsblatt veröffentlicht.

Das Anwendungsgebiet der Genehmigung ist gemäss § 1 der Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen auf die im positiven Recht erwähnten Fälle beschränkt. Es stellt sich nun die Frage, was zu geschehen hat, wenn nicht genehmigungspflichtige Gemeindereglemente dem Regierungsrat zur Genehmigung eingesandt werden. Dieser Fall ist schon wiederholt vorgekommen und der Regierungsrat hat schon mehr als einmal Genehmigungen ausgesprochen, ohne dass diese gesetzlich vorgesehen gewesen wären [4]). Zu derar-

---

1) Die derzeit gültige Verordnung über das Friedhof- und Begräbniswesen und der Kantonsratsbeschluss über die Kurtaxenerhebung sind neueren Datums als die Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen, weshalb in dieser die kommunalen Bestattungs- und Kurtaxenordnungen nicht aufgezählt sind.

2) Die Marktordnungen der Gemeinden und die kommunalen Reglemente über den gewerbsmässigen Personentransport, welche in § 2 der Verordnung über die Genehmigung ebenfalls als genehmigungspflichtig erwähnt sind, werden hier nicht behandelt, da sie keine Normen mit Rechtssatzcharakter enthalten. Vgl. oben 2. Kapitel II, 2.

3) Ob die Genehmigung materiell als ein Akt der Verwaltung oder Rechtsprechung zu werten ist, ist kontrovers. M. E. ist sie ein Verwaltungsakt. Es sei in dieser Streitfrage auf die Ausführung bei Peters 218 ff. verwiesen.

4) So tragen z. B. die Verordnung betr. das Plakatwesen von Gersau aus dem Jahre 1931 und das Reglement über die Benützung des Lagerplatzes am See in Küssnacht von 1928 den regierungsrätlichen Genehmigungsvermerk, obschon für diese beiden Regulative damals

tigen Genehmigungsbeschlüssen fehlt jedoch dem Regierungsrat mangels gesetzlicher Grundlage die Kompetenz und es könnten in solchen Fällen die vorgelegten Kommunalerlasse ohne weiteres einfach zurückgewiesen werden [5]). Der Regierungsrat kann aber bei der Vorlegung nicht genehmigungspflichtiger Gemeindereglemente in begutachtendem Sinn an die Gemeinden Mitteilung machen und im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtskompetenzen über die Gemeinden gemäss § 53 KV Vermerk nehmen. Falsch, oder doch begriffsverwirrlich ist es jedoch, in solchen Fällen von Genehmigung zu reden. Es ist noch zu bemerken, dass für die Begutachtung und Vermerknahme anlässlich der Stellungnahme zu nicht genehmigungspflichtigen Reglementen die für die Genehmigung vorgesehene Gebühr nicht erhoben werden darf.

II. Rahmen und Umfang der aufsichtsbehördlichen Kontrolltätigkeit bei der Genehmigungserteilung.

1. Die Rechtskontrolle.

Die schwyzerischen Gesetze und Verordnungen, welche sich mit der Genehmigung befassen, sagen nirgends, von welchen Erwägungen und Gesichtspunkten die Aufsichtsbehörde auszugehen hat.

Vorab hat der Regierungsrat unbestrittenermassen zu prüfen, ob dem vorgelegten Gemeindeerlass gegenüber rechtliche Hindernisse bestehen. Dabei muss nicht nur das kantonale, sondern auch das eidgenössische Recht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Gesetzeswidrigen Kommunalerlassen muss die Genehmigung versagt werden.

2. Die Ueberprüfung der Zweckmässigkeit.

Es stellt sich die Frage, ob sich die regierungsrätliche Ueberprüfung in einer blossen Rechtskontrolle erschöpft, oder ob und eventuell wie weit die Aufsichtsbehörde die Genehmigungserteilung auch von Zweckmässigkeitserwägungen abhängig machen darf.

Das positive Recht gibt über die aufgeworfene Frage keine Auskunft. In der Fachliteratur sind die Autoren bei der Stellungnahme zum Problem, ob die Aufsichtsbehörde bei der Genehmigung von Gemeindereglementen im Zweifelsfall eine reine Rechtskontrolle oder eine Rechts- und Zweckmässigkeitskontrolle auszuüben habe, geteilter Mei-

---

ebensowenig wie heute die Einholung der Genehmigung (weder der obligatorischen noch der fakultativen) vorgesehen war. S. die Verordnung betr. hoheitliche Sanktionierung der Statuten und Reglemente vom 30. Juli 1887 (RGS II 618).

5) Vgl. die analogen Rückweisungen in RBR 1911 79 und 1916 97, ferner ZBl 13/9.

nung [6]). Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nicht einheitlich [7]). Und wie verhält es sich mit der regierungsrätlichen Praxis? — Eine klare Stellungnahme fehlt auch hier. Immerhin hat der Regierungsrat in einzelnen Genehmigungsbeschlüssen erkennen lassen, dass er sich bisweilen auch zum Eingriff in Fragen der Zweckmässigkeit und Nützlichkeit als kompetent erachtet, indem er einzig aus Zweckmässigkeitsmotiven die Genehmigung von der Abänderung oder Ergänzung gewisser Bestimmungen abhängig macht [8]).

Ich halte die Auffassung des Regierungsrates für richtig, wonach neben der Rechtskontrolle der Aufsichtsbehörde auch eine Zweckmässigkeitskontrolle zuzuerkennen ist. Diese Stellungnahme bezieht sich nicht auf die Verhältnisse in andern Kantonen, wo die Dinge gemäss positiven Rechts ganz anders liegen mögen, oder wo infolge der vorstaatlichen Entwicklung der Gemeinden diese sich auf im Kanton Schwyz nicht bestehende altherkömmliche Rechte berufen können [9]).

Der oft gehörte Einwand, die Ueberprüfung der Gemeindereglemente auf ihre Zweckmässigkeit bedeute eine empfindliche Einengung der kommunalen Selbständigkeit, ist zweifelsohne richtig. Eine Unzulässigkeit dieses staatlichen Eingriffs ergibt sich aber nur dort, wo dieser Eingriff eine Verletzung gesetzter oder überlieferter Rechte der Gemeinden darstellt. Wie aber bereits früher dargelegt worden ist, erstreckt sich die Autonomie der schwyzerischen Gemeinden nur auf die Vermögensverwaltung und gewisse organisatorische Funktionen. Die Nichtgenehmigung von Unzweckmässigkeiten in den Kommunalerlassen bedeutet daher keinen Eingriff in die autonomen Rechte der Gemeinden, sondern bewegt sich durchaus im Rahmen der allgemeinen und ziemlich einschneidenden staatlichen Kontrolltätigkeit über die kantonale Selbstverwaltung [10]). Es wäre unverständlich, wenn der Regierungsrat, dem im schwyzerischen Verwaltungsrecht allgemeine und sehr weitgehende Aufsichtskompetenzen über die Gemeinden zukommen, allen Kommunalerlassen, die nicht gegen das positive Recht verstossen, zustimmen müsste, auch wenn die betreffenden Erlasse als unzweckmässig oder gar als unsinnig zu taxieren sind oder wenn deren Einführung zu Misständen führen müsste. Es ist letztendlich nicht ausser Acht zu lassen, dass die Genehmigungspflicht nicht den Zweck

---

[6]) Für die reine Rechtskontrolle im Zweifelsfalle: Hirzel 70 ff., Reinhardt 69 (Anm. 3), Simon 112. Für eine Ueberprüfung der Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit: Vogt 14 f., Lautenschlager 43, Fleiner 117 und Peters 115 (letztere beiden freilich in Berücksichtigung der Verhältnisse in Deutschland, welche allerdings mit den Verhältnissen im Kanton Schwyz insofern eine gewisse Aehnlichkeit bilden, als sowohl hier wie dort eine künstliche Schaffung der Gemeinden durch den Staat vorliegt).

[7]) Vgl. BGE 40 I 272, 46 I 384, 48 I 276.

[8]) S. RRB Nr. 1634 vom 19. August 1940 und RRB Nr. 1741 vom 23. August 1941.

[9]) Vgl. Giacometti 88 und dort zit. Literatur.

[10]) Anderer Meinung Simon 112.

verfolgt, durch bürokratisch-schikanöse Kontrollmethoden die Freiheit der Gemeinden bei der Ausübung ihrer Rechtssetzungsfunktionen auszuschalten; der Sinn dieser Ueberprüfungsmassnahme liegt vielmehr weitgehend darin, den in Rechtssetzungsangelegenheiten vielfach unkundigen Gemeinden beratend und helfend beizustehen. Durch seinen Gebietsumfang und die ihm zur Verfügung stehenden weiterreichenden Mittel ist der Kanton in besonderer Weise dafür geeignet, Erfahrungen, die an einer andern Stelle gemacht wurden, im Interesse anderer Gemeinden zu verwerten.

Es stellt sich nun die Frage, welches die Grenzen sind, die die Ermessenskontrolle der Aufsichtsbehörde gegenüber der freien Willensbildung der Gemeinden zu achten hat. Der Regierungsrat kann sich wohl nicht einfach auf den Standpunkt stellen, dass jede Zweckmässigkeitserwägung schlechthin zur Rechtfertigung der Versagung einer Genehmigung ausreicht. Wenn ich recht sehe, darf die Genehmigung eines Reglements, das nicht gegen das positive Recht verstösst, nur dann verweigert werden, wenn der betreffende Erlass offenkundig zu unerträglichen Missständen (Unbilligkeiten, Misswirtschaft usw.) führen würde. Es handelt sich also hier nicht um das gewöhnliche Verwaltungsermessen, das neben den Schranken der objektiven Rechtswidrigkeit nur an die Grenzen der subjektiven Zweckmässigkeit gebunden ist; bei der Genehmigung ist ein engeres, «aufsichtrechtliches» Ermessen anzuwenden, welches im Vergleich zum freien und subjektiven Verwaltungsermessen einen im erwähnten Sinn eingeschränkteren Spielraum aufweist. Ich glaube, dass dem Regierungsrat in diesem Umfang eine Ermessenskontrolle zugesprochen werden kann, ohne dass den Gemeinden daraus Nachteile erwachsen. Es hat sich in der Praxis gezeigt, dass der Regierungsrat bei der Ausübung des aufsichtsrechtlichen Ermessens im allgemeinen eine hervorragende Gewissenhaftigkeit bezeugt.

III. Die Wirkung der Genehmigung.

Die staatliche Genehmigung von Gemeindereglementen kann entweder als eine Aufsichtseinrichtung mit konstitutiver, oder als eine solche mit deklaratorischer Wirkung ausgestaltet sein. Im ersteren Fall hat die Nichtbeachtung der Genehmigungsvorschrift Nichtzustandekommen des Erlasses zur Folge, während im letztern Fall die Nichteinholung der Genehmigung einen Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift darstellt, ohne die rechtliche Entstehung des Reglements zu beeinflussen.

Ueber die Frage, ob die Genehmigung im Kanton Schwyz als Gültigkeitsvorschrift oder als Ordnungsvorschrift ausgestaltet ist, spricht sich im positiven Recht einzig das Baugesetz in Bezug auf die örtlichen

Bauordnungen aus, indem es ausdrücklich festlegt, dass die regierungsrätliche Genehmigung der kommunalen Baureglemente konstitutiver Natur ist [11]). Im übrigen wird weder bei der gesetzlichen Normierung der Genehmigungspflicht in den einzelnen Delegationserlassen, noch in der Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen bestimmt, welche Wirkung der Genehmigung zuzuschreiben ist.

In der Theorie wird der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unter Vorbehalt einer andern Anordnung durch das positive Recht in der Regel Konstitutivcharakter beigemessen [12]).

Auch in der Praxis scheinen die schwyzerischen Gemeinden der Genehmigung mehrheitlich konstitutive Wirkung zuzuerkennen. Sie lassen nämlich ihre Reglemente in den meisten Fällen ausdrücklich mit der Genehmigung durch den Regierungsrat in Kraft treten. Dagegen sehen allerdings einzelne wenige genehmigungspflichtige Kommunalerlasse sofortiges Inkrafttreten vor [13]). Von Seiten des Regierungsrates ist meines Wissens nie eine abklärende Feststellung zur Frage nach der rechtlichen Wirkung der Genehmigung erfolgt. Solange nicht ein Präzedenzfall dazu zwingt, verzichtet man scheinbar bewusst darauf, in diesem oder in jenem Sinne Stellung zu nehmen.

Von den beiden Auffassungen, welche der Genehmigung einerseits konstitutiven und anderseits deklaratorischen Charakter beimessen, ist nach meinem Dafürhalten die erstere die richtige. Demnach ist die Wirkung der Genehmigung im Kanton Schwyz m. E. nicht nur bei den Bauvorschriften, sondern auch in den übrigen Fällen ein Konstitutiverfordernis.

Nichts in der schwyzerischen Gesetzgebung spricht gegen die konstitutive Bedeutung der Genehmigung. Die Interpretation führt gestützt auf einen Analogieschluss vielmehr zur Annahme, dass der Genehmigung Konstitutivwirkung beizumessen ist. Die Genehmigung von Gemeindereglementen wird in der vorgängig mehrfach erwähnten Verordnung über die Genehmigung vom 18. November 1933 zusammen im gleichen Paragraphen und in einem Zug mit der Genehmigung von Statuten der örtlichen Korporationen gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB behandelt [14]). Diese formelle Gleichheit bei der Normierung der Genehmigung in beiden Fällen zwingt zur Annahme, dass es sich bei der Genehmigung der Kommunalverordnung und bei der Genehmigung der Korporationsstatuten um das gleiche Rechtsinstitut handelt, d. h. dass

---

[11]) § 7 des Baugesetzes; s. auch RBR 1903 148.

[12]) So Mayer O. II 398 (Anm. 17); Fleiner 118 f.; Peters 235; Kornmann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 171; Seydel M., Bayrisches Staatsrecht III 43; Hirzel 21; Vogt 14; vgl. auch Giacometti 90 (Anm. 26), wonach im Kt. Schwyz die Genehmigung als Gültigkeitsvorschrift zu gelten hat. — Die gegenteilige Meinung vertreten Preuss H., Das städtische Amtsrecht in Preussen 1902, 163 und Simon 113.

[13]) Vgl. 3. Kapitel Anm. 79 und 80.

[14]) S. § 2 lit. a-f der Verordnung (SRB 164 f.).

die Genehmigung in beiden Fällen eine Gültigkeitsvorschrift, oder in beiden Fällen eine Ordnungsvorschrift darstellt. Nun ist aber der Konstitutivcharakter der Genehmigung der Korporationsstatuten gesetzlich festgelegt [15]), was den Schluss zulässt, dass auch für die Gemeindeverordnungen die Genehmigung Gültigkeitserfordernis ist.

Für den Konstitutivcharakter lassen sich im Zweifelsfalle vor allem auch allgemein juristische Erwägungen ins Feld führen. Bei der Rechtssetzung als relativ formstrenger Funktion spricht die Präsumption dafür, dass dort, wo das Gesetz ein Erfordernis aufstellt, die Erfüllung des letztern die Voraussetzung der Gültigkeit des Rechtserzeugungsaktes bildet, sofern nicht ausdrücklich oder übungsgemäss etwas anderes gilt. Wenn also gesetzlich eine staatliche Genehmigung vorgeschrieben wird, ist deren Vorhandensein ein Erfordernis für die Rechtsgültigkeit des kommunalen Aktes. Bis zum Eintritt der staatlichen Genehmigung besteht für den rechtssetzenden Willensakt der Gemeinde ein Schwebezustand; er ist perfekt, entbehrt aber der Rechtskraft. Die Rechtskraft tritt erst mit erfolgter Genehmigung ein. Wäre die Wirkung der Genehmigung nur deklarativ und wäre so der kommunale Rechtserlass von vornherein gültig, dann würde die Versagung der Genehmigung den Charakter einer amtlichen Kassation haben. Dies dürfte aber kaum der Sinn eines die Genehmigung verweigernden Beschlusses sein.

Die Ausstattung der Genehmigung mit Konstitutivwirkung drängt sich letztendlich auch vom Zweckmässigkeitsstandpunkt aus auf. Bei der deklarativ wirkenden Genehmigung kann es im Nichtgenehmigungsfall leicht zu Unstimmigkeiten kommen, nämlich dann, wenn nachträglich nicht genehmigte Anordnungen tatsächlich bereits durchgeführt worden sind [16]).

Ein Gemeindeerlass verliert dadurch, dass er der staatlichen Genehmigung bedarf, keineswegs den Charakter eines kommunalen Selbstgesetzgebungsaktes. Er bleibt ein kommunaler Willensakt und wird nicht etwa durch die hinzutretende Genehmigung zu einem Akt staatlicher Rechtssetzung [17]) [18]). Die Aufsichtsbehörde hat daher auch

---

15) An die Genehmigung ist die Verleihung der juristischen Persönlichkeit geknüpft. S. EG zum ZGB §39 (SRB 343).

16) S. z. B. unten 3. Kapitel Anm. 79 und 80.

17) Diese Ansicht ist in der deutschen und schweizerischen Fachliteratur unbestritten. (S. u. a. Fleiner 119). Anderer Meinung ist Hauriou M., Précis de droit administrativ, 5. Aufl. 1903, Seite 236, der die Ansicht vertritt, dass Beschlüsse des Gemeinderates durch die vorbehaltene Genehmigung zur Handlung der Aufsichtsbehörde würden. Dies mag vielleicht für die französischen Verhältnisse, keinesfalls aber für die schwyzerischen zutreffen.

18) Rechtliche Mängel eines Gemeindereglements werden durch die Genehmigung nicht geheilt (s. Fleiner 119 und Cadotsch 25; in diesem Sinn auch RRB Nr. 2919 vom 28. Dezember 1942). Die Aufsichtsbehörde ist nicht befugt, durch Genehmigung eines Rechtsverstosses irgend ein Gesetz abzuändern. Der Richter kann die Kommunalverordnungen ohne Rücksicht auf die staatliche Genehmigung auf die Gesetzmässigkeit prüfen.

nicht die Befugnis, den Inhalt eines kommunalen Rechtssatzes irgendwie abzuändern. Allfällige Abänderungsanträge und Gegenvorschläge des Regierungsrates haben lediglich die Bedeutung eines Hinweises darauf, dass Abänderungen in diesem Sinn genehmigt würden [19]).

IV. Das Verfahren bei der Genehmigung.

Das bei der Genehmigung einzuschlagende Verfahren ist positivrechtlich nicht geregelt. In der Praxis wird verlangt, dass mehrere Exemplare [20]) des zur Genehmigung unterbreiteten Reglements datiert und versehen mit den Unterschriften des Gemeindepräsidenten und des Gemeindeschreibers eingereicht werden. Gibt der vorgelegte Erlass zu keinen Beanstandungen Anlass, so werden die eingereichten Ausfertigungen mit dem Genehmigungsvermerk des Regierungsrates versehen. Eine oder mehrere davon werden zusammen mit einem Protokollauszug über den Genehmigungsbeschluss an den Gemeinderat zurückgeschickt, während das restliche Exemplar, beziehungsweise die restlichen Exemplare zur Verfügung des Regierungsrates verbleiben. Zugleich wird gemäss § 4 der Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen eine Staatsgebühr von 5 bis 50 Fr. erhoben.

Einem Reglement, das nur vereinzelte Mängel aufweist, wird jeweils die Genehmigung nicht schlechthin, sondern nur bezüglich der einzelnen beanstandeten Bestimmungen verweigert. Etwaige Abänderungen, welche die Aufsichtsbehörde vornimmt, sind nur Ratschläge mit dem Hinweis, dass dem Text in der vom Regierungsrat vorgesehenen Fassung ohne weitere Formalitäten die Genehmigung erteilt würde. Erst wenn die Gemeinde zu den Abänderungsanträgen der Aufsichtsbehörde in positivem Sinn Stellung genommen hat, ist der betreffende Rechtssatz perfekt. Das Genehmigungsrecht des Regierungsrates hat nur den Sinn eines Vetorechts. Selbständige Abänderungen kann die Aufsichtsbehörde keine vornehmen [21]), da die Setzung des kommunalen

---

[19]) Näheres darüber s. nachstehend sub IV.

[20]) Bei der Genehmigung der örtlichen Feuerlöschordnungen zum Beispiel werden 3 Exemplare verlangt (RRB Nr. 393 vom 12. Februar 1945). Die Baureglemente sind in fünffacher Ausfertigung abzugeben; nach erfolgter Genehmigung sind noch weitere Exemplare verschiedenen kantonalen Instanzen zuzustellen (RRB Nr. 1634 vom 19. Aug. 1940 und Nr. 1741 vom 25. August 1941).

[21]) Anders im Kanton Tessin, wo das positive Recht dem Staatsrat die Befugnis einräumt, selbständige Aenderungen an den vorgelegten Gemeindereglementen vorzunehmen. Diese zwar unlogische Regelung hat den Vorteil, dass verbesserungsbedürftige Reglemente, welche der Ratifikation durch die Gemeindeversammlung unterliegen, nicht erneut der Aktivbürgerschaft unterbreitet werden müssen. In vielen Gemeinden wird es zweifelsohne als unangenehm empfunden, wenn man mit den regierungsrätlichen Abänderungsvorschlägen wieder vor das höchste Gemeindeorgan treten muss.

Rechts vom zuständigen Gemeindeorgan und nicht vom hiezu nicht kompetenten Regierungsrat auszugehen hat. Wenn die Gemeinde Abänderungen, wie sie von der Aufsichtsbehörde vorgeschlagen sind, vornimmt, so ist es nicht erforderlich, dass ein neuer Akt zum Zweck der Genehmigungserwirkung ergeht.

Die gesamthafte Zurückweisung eines Reglements an die Gemeinde zur neuen Ausarbeitung erfolgt nur dann, wenn die Mängel eine materiell wesentliche Abänderung des Gesamt-Textes bedingen. Die Gründe der Rückweisung werden, ebenso wie einzelne Beanstandungen, jeweils ausführlich angegeben.

9. Kapitel

Fehlerhafte Erlasse

I. Die Stufen der Ungültigkeit.

Ein faktisch vorhandener und Gültigkeit beanspruchender Gemeindeerlass kann unter Umständen fehlerhaft und infolgedessen ungültig sein. Dabei sind zwei Stufen der Ungültigkeit zu unterscheiden: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.

Das positive Recht gibt keine Antwort auf die Frage, welche Mängel die Nichtigkeit und welche die Anfechtbarkeit eines kommunalen Rechtssatzes zur Folge haben. Im allgemeinen bewirken schwerwiegende, wesentliche Mängel die Nichtigkeit, leichtere dagegen nur Anfechtbarkeit. Dabei ist festzuhalten, dass generell-abstrakte Normen leichter der Nichtigkeitssanktion ausgesetzt sind als individuelle, konkrete Anordnungen [1]). Als Kriterium für die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit fällt, wenigstens für den Rahmen einer positiven Arbeit, nicht nur die Schwere des Mangels ins Gewicht, sondern es muss namentlich die praktische Möglichkeit der Geltendmachung der begangenen Rechtsverletzung in Betracht gezogen werden. Es ist nämlich denkbar, dass in einem konkreten Fall ein bestimmter Mangel trotz seiner Schwere keine Nichtigkeitssanktion zu bewirken vermag. Eine abstrakte generelle Norm ist nichtig, wenn die Möglichkeit besteht, ihre Fehlerhaftigkeit auf dem Weg des allgemeinen akzessorischen Prüfungsrechts zur Geltung zu bringen [2]). Sie ist unwirksam insofern, als jede rechtsanwendende Instanz sie als nicht vorhanden ta-

---

[1]) S. darüber Imboden 87.
[2]) S. Imboden 4 ff., 25 und 148.

xieren kann [3]). Demgegenüber bedeutet Anfechtbarkeit bedingte rechtliche Wirkungslosigkeit. Einem anfechtbaren Gemeindeerlass kommt Gültigkeitswirkung zu, soweit nicht seine förmliche Aufhebung erfolgt ist. Nur durch diese förmliche Aufhebung wird die bedingte Wirkungslosigkeit zur unbedingten.

II. Die Ungültigkeitsstufen bei den verschiedenen Mängeln.

Es werden nachfolgend anhand der einzelnen Fehler und Mängel die hauptsächlichsten Fälle der Nichtigkeit, beziehungsweise der Anfechtbarkeit erwähnt.

1. Die Unzuständigkeit.

Unter Zuständigkeit wird die Fähigkeit verstanden, sich im Gegensatz zu einer andern Behörde mit einer Sache zu befassen [4]). Die Unzuständigkeit kennzeichnet sich als Verletzung der Vorschriften über die Teilung der öffentlichen Aufgaben zwischen verschiedenen Instanzen und Gewaltträgern.

In den Fällen der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit ist regelmässig Nichtigkeit des ergangenen Rechtserlasses anzunehmen [5]). Es fallen hier vor allem Kompetenzverletzungen kommunaler Rechtssetzungsakte in Betracht, welche in die Praerogative der kantonalen Rechtssetzung oder des Bundesgesetzgebers übergreifen. Häufig tragen Rechtssetzungsakte der Gemeinden, denen der Mangel der sachlichen Unzuständigkeit anhaftet, zugleich den Fehler der inhaltlichen Rechtswidrigkeit. Die Kompetenzausscheidung zwischen der Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden und des Kantons fällt analog dem Grundsatz «Bundesrecht bricht kantonales Recht» mit der Frage der inhaltlichen Rechtswidrigkeit zusammen. Als typische Fälle von Rechtssätzen, zu deren Erlass den Gemeinden die Zuständigkeit fehlt und die infolgedessen nichtig sind, seien folgende Beispiele erwähnt: Die Erhebung von eigentlichen Feuerwehrsteuern [6]), der Erlass privatrecht-

---

[3]) Die Unwirksamkeit eines Rechtssatzes äussert sich nur mit Bezug auf jene Instanzen, die zur selbständigen Gesetzesvollziehung berufen sind. Es kann nämlich gelegentlich auch ein nichtiger Rechtserlass als Dienstbefehl für die untere Instanz Geltung haben. Eine Norm, die ein selbständig rechtsanwendendes Organ nicht zu binden vermag, muss von den abhängigen Subalterninstanzen als zu Recht bestehend hingenommen werden, soweit sie nicht strafrechtswidrig ist.

[4]) Presutti E., Istitutioni di diritto amministrativo italiano, 2. Aufl., 1920, II 163; Huber H., Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen 80 ff.

[5]) Imboden 113.

[6]) S. oben 3. Kapitel, V, Ziff. 3.

licher Baunormen [7]), die Einführung der Vergnügungssteuer als Pauschalsteuer [8]), sowie das seinerzeitige Verbot des Gemeinderates Lachen, ausserhalb der Badeanstalt zu baden [9]).

Als nichtig sind auch Rechtssetzungsakte zu qualifizieren, die in den Kompetenzbereich der Gemeindeversammlung gehören, aber durch den Gemeinderat ergingen.

2. Verfahrensmängel.

Die für die rechtsanwendenden Akte gültige Regel, dass der Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften als ein im allgemeinen verzichtbares Recht zu gelten habe und die Missachtung der Verfahrensvorschriften daher in der Regel keine Nichtigkeit zur Folge habe, gilt nicht ohne weiteres auch für die Rechtssätze. Auf die Frage nach der Ungültigkeitsstufe von Kommunalerlassen, die mit Verfahrensmängeln behaftet sind, gibt weder das Gesetz noch die Rechtspraxis Aufschluss. Ein allgemeingültiges Kriterium zur Abklärung des Problems, ob ein bestimmter Verfahrensmangel die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit des fehlerhaften Erlasses bewirkt, ist kaum möglich. Die Ungültigkeitsstufe muss konkret von Fall zu Fall unter Berücksichtigung allgemeiner Gesichtspunkte gewertet werden. Dabei ist nicht an letzter Stelle stets das Prinzip von der Rechtssicherheit mitzuberücksichtigen.

M. E. ziehen Verfahrensmängel regelmässig dann Nichtigkeitsfolge des betreffenden Erlasses nach sich, wenn es sich um offenkundige, gröbliche Missachtungen von ausdrücklichen gesetzlichen Formvorschriften handelt. Es kann nämlich als Grundsatz gelten, dass dort, wo das Gesetz für einen kommunalen Rechtssetzungsakt unmissverständlich und klar ein bestimmtes Erfordernis aufstellt, die Erfüllung des letztern die Voraussezung für die rechtliche Wirksamkeit des betreffenden Gemeindeerlasses darstellt. Demzufolge sind Baureglemente, bei deren Erlass die im Baugesetz vorgeschriebene Verfahrensordnung nicht eingehalten wurde, grundsätzlich als nichtig zu taxieren. Ebenso hat m. E. Missachtung der Bestimmungen, welche für die örtliche Einführung der Vergnügungs- und der Handänderungssteuer das Urnensystem vorsieht, Nichtigkeit zur Folge. Unwirksam sind ferner Regulative, welchen die erforderliche konstitutive Genehmgung fehlt [10]).

Die kleineren Verfahrensmängel dagegen, die nicht den Charakter eines Verstosses gegen gesetzliche Gültigkeitsvorschriften haben, bewirken nur Anfechtbarkeit. Solche Fälle liegen beispielsweise vor, wenn beim Abstimmungsverfahren in der Kirchgemeinde Fehler vor-

---

7) S. oben 3. Kapitel, I, Ziff. 2.
8) S. oben 3. Kapitel, VII, Ziff. 2.
9) Regierungsrat und Bundesgericht haben wiederholt festgestellt, dass die Gemeinderäte kein polizeiliches Verordnungsrecht haben.
10) S. vorgängig 8. Kapitel III.

kommen oder wenn anlässlich einer Rechtssetzungshandlung die Einberufung der Gemeindeversammlung oder die Bekanntgabe der Traktanden zuhanden der Aktivbürgerschaft nicht korrekt erfolgt war [11]).

3. Die inhaltliche Rechtswidrigkeit.

Von zwei inhaltlich konträren Rechtssätzen können nicht beide gültig sein. Es ist ein allgemeingültiger Grundsatz, dass bei sich widersprechenden Rechtsnormen die höherstufige Norm unmittelbare Verbindlichkeit beansprucht und dass daher die inhaltliche Rechtswidrigkeit der tieferstufigen Norm deren Nichtigkeit zur Folge hat. Die Negierung der Nichtigkeitssanktion für die tieferrangigen, inhaltlich rechtswidrigen Normen würde die höherstufige Vorschrift ihrer direkten Verbindlichkeit berauben.

Nichtig sind nicht nur diejenigen Kommunalerlasse, welche der Gesetzgebung des Bundes oder des Kantons widersprechen, sondern auch die, welche mit einer höherstufigen Norm der Gemeinderechtssetzung [12]) unvereinbar sind. Bei gleichrangigen konträren Kommunalnormen ist allgemein Nichtigkeit der älteren Bestimmung anzunehmen.

Als Beispiel einer inhaltlich rechtswidrigen allgemeinverbindlichen Anordnung sei neben den oben im 3. Kapitel bereits erwähnten Fällen [13]) noch ein Beschluss der Gemeindeversammlung Galgenen angeführt, welcher festlegte, dass während 7 Jahren keine Einbürgerungen von Ausländern mehr behandelt und vorgenommen werden dürfen. Ein solcher Beschluss verstösst gegen den Sinn von § 91 lit. g KV und gegen den Kantonsratsbeschluss über eine vorläufige Regelung des Bürgerrechtserwerbs vom 20. April 1943 (früher Kantonsratsbeschluss vom 1. April 1921) [14]).

III. Der praktische Wert der Einteilung der fehlerhaften Erlasse in nichtige und anfechtbare.

Die Nichtigkeit eines Rechtssatzes hat die Anfechtbarkeit sämtlicher auf ihn gestützten Anordnungen zur Folge. Anfechtbar sind sowohl die individuell-konkreten, als auch die generell-abstrakten Vollzugsakte,

---

11) S. 6. Kapitel II, Ziff. 2, lit. c).

12) Rechtserlasse der Gemeindeversammlung sind höherrangig als darauf gestützte Ausführungsvorschriften des Gemeinderates.

13) Vgl. z. B. § 2 Abs. 2 der Friedhofordnung der Gemeinde Lachen (3. Kapitel, VI) oder die Fälle sub 3. Kapitel, X, Ziff. 3. Vgl. auch RRB Nr. 2919 vom 28. Dezember 1942, der die Aufhebung einer inhaltlich gesetzwidrigen Baunorm des Baureglementes von Wollerau zum Gegenstand hatte.

14) Vgl. ZBl 45 32 f.

welche sich auf einen nichtigen Erlass stützen [15]). Die Berufung auf Nichtigkeit ist bei jedem spätern Anlass möglich, bei welchem die nichtige Norm rechtlich relevant wird. Es gibt keine Konvaleszenz nichtiger Rechtssätze. Im Gegensatz hiezu sind die Anfechtbarkeits-Mängel als geheilt zu betrachten, wenn die gesetzliche Anfechtungsfrist unbenützt verstreicht. Damit ist der praktische Wert der Unterteilung der fehlerhaften Kommunalerlasse in anfechtbare und nichtige ausgewiesen.

10. Kapitel

Der Rechtsschutz

I. Rechtsbehelfe gegen kommunale Rechtserlasse und deren Anwendungen.

1. Rechtsbehelfe gegen Rechtserlasse.

a) Die Beschwerde.

aa) Allgemeines.

Das wichtigste Rechtsmittel, um die Aufhebung eines fehlerhaften Kommunalerlasses zu erwirken, ist die Beschwerde oder der Rekurs. Die Ausdrücke Beschwerde und Rekurs werden im schwyzerischen Verwaltungsrecht, entgegen der im Zivilprozess bekannten strengen Unterscheidung, synonym gebraucht.

Der Beschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu.

bb) Die Legitimation.

Ueber die Aktivlegitimation zur Beschwerdeführung fehlen grundsätzliche Vorschriften. Es entspricht jedoch dem Zweck des Instituts der Beschwerde, wenn der Kreis der aktiv legitimierten Personen möglichst weit gezogen wird. Es gilt daher in der Praxis im allgemeinen der Grundsatz der Popularklage. Vorab ist jeder stimmfähige Bürger grundsätzlich zum Rekurs gegen allgemeinverbindliche Kommunalerlasse legitimiert [1]). Die Legitimationsfähigkeit erstreckt sich so-

---

15) Demgemäss sind nicht bloss Einzelanordnungen sondern auch Rechtssätze, die in Anwendung eines nichtigen Rechtssatzes erlassen wurden, anfechtbar und nicht ihrerseits nichtig. Die gegenteilige Auffassung würde jede rechtsanwendende Behörde mit einer probatio diabolica belasten: Um über die Verbindlichkeit einer Norm zu entscheiden, wäre die Rechtsgültigkeit aller diese Norm bestimmenden Rechtssätze bis hinauf zum staatlichen Grundgesetz nachzuprüfen. (S. Imboden 44 f.) Vgl. auch oben 3. Kapitel, X, Ziff. 1.

1) Vgl. aber auch die Ausnahme unten am Schluss von Anm. 4.

dann auf alle übrigen physischen Personen und auf die juristischen Personen, sofern deren Rechte oder rechtlich anerkannten Interessen durch eine generelle Anordnung berührt werden [2]). Dabei ist der Wohnsitz in der Gemeinde nicht unbedingt erforderlich. Schliesslich wird nach konstanter Praxis auch das Recht der Gemeinderäte zur Anhebung der Kassationsbeschwerde gegen Erlasse der Kirchgemeinden anerkannt [3]) [4]).

Passiv legitimiert ist jeweils das erlassende Organ, der Gemeinderat oder die Gemeindeversammlung.

cc) Die Beschwerdeinstanz.

Zur Prüfung und Beurteilung von Beschwerden gegen Kommunalerlasse sind der Regierungsrat und die Kassationsbehörde zuständig. Die Beschlüsse des Gemeinderates unterliegen der Kognition des Regierungsrates [5]), jene der Kirchgemeinden der Kognition der Kassationsbehörde [6]). Gegen die Erkenntnisse sowohl des Regierungsrates als auch der Kassationsbehörde kennt das kantonale Verwaltungsrecht keine Weitererziehungsmöglichkeit.

dd) Die Beschwerdefrist.

Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage. Sie ist zerstörlich. Ihr Beginn fällt bei Beschlüssen der Gemeindeversammlung auf den Tag nach deren Abhaltung [7]) und bei Gemeinderatsbeschlüssen auf den Tag nach der ordnungsgemässen Bekanntmachung. Nach zehn Tagen erlischt das Beschwerderecht sowohl gegenüber anfechtbaren, als auch gegenüber nichtigen Rechtssetzungsakten der Gemeinden. Während nun die anfechtbaren Rechtserlasse volle Gültigkeit erlangen, äussert sich die Nichtigkeit einer Norm nach unbenützt abgelaufener Beschwerdefrist weiterhin in der Anfechtbarkeit sämtlicher auf sie gestützten individuellen und generellen Anordnungen [8]).

ee) Das Verfahren.

Die einzelnen Formvorschriften werden bei Rekursen an den Regierungsrat und an die Kassationsbehörde sehr genau und sehr streng gehandhabt.

---

[2]) RBR 1935 31 und 39.
[3]) S. RBR 1919 55, 1920 46, 1922 117, 1935 25.
[4]) Eine Ausnahme von der Popularklage im soeben umschriebenen Sinn besteht allerdings dort, wo der Rekurs die Verletzung von Rechten geltend macht, deren Ausübung das Aktivbürgerrecht voraussetzt (Verfahrensmängel bei Abstimmungen in der Kirchgemeinde). In diesen Fällen kann nur der Stimmberechtigte als zur Beschwerde legitimiert gelten. — Vgl. aber auch RBR 1927 59, wonach ein Bürger, der an einer Kirchgemeinde teilgenommen hat, den angewendeten Abstimmungsmodus dann nicht zum Gegenstand einer Beschwerde machen kann, wenn er an der Kirchgemeinde selbst dagegen keine Einsprache erhoben hat.
[5]) § 67 der Administrativprozessordnung (SRB 546).
[6]) § 36 lit. b und § 52 KV.
[7]) RBR 1933 26.
[8]) S. 9. Kapitel III.

Das Verfahren ist rein schriftlich. Die Beschwerde muss als solche erkenntlich sein [9]). Wesentlich ist ein bestimmter Antrag. Fehlt ein solcher, so wird die Eingabe vielleicht als Anzeige [10]), nicht aber als Rekurs behandelt. Der Rekursschrift muss der angefochtene Gemeindeerlass beiliegen, bei der gewillkürten Stellvertretung [11]) überdies die Vollmacht. Nichteinweisung oder nachträgliches Eintreffen des angefochtenen Erlasses [12]) oder der Vollmacht [13]) hat Nichteintreten zur Folge. Die in der Rekursschrift angeführten Beweismittel müssen ebenfalls gleichzeitig mit der Beschwerde eingesandt werden.

ff) Die Kognition.

Allgemein hat sich die Kognition der Rekursbehörde auf die Kontrolle der Rechtmässigkeit des angefochtenen Gemeindeerlasses zu beschränken [14]). Dazu gehört auch die Prüfung der Frage, ob der zur Beurteilung vorgebrachte kommunale Erlass sich innerhalb des Spielraums des den Gemeinden zustehenden freien Ermessens bewegt. Ausgeschlossen von der Ueberprüfung sind Fragen der Zweckmässigkeit. Die Beschwerdeinstanz, deren Tätigkeit sich in einer Rechtskontrolle erschöpft, muss einen angefochtenen Gemeindeerlass entweder aufheben, falls eine Rechtsverletzung vorliegt, oder sie muss den Rekurs in Bestätigung der angefochtenen kommunalen Anordnung abweisen. Es ist auch möglich, dass einzelne Punkte der Beschwerde gutgeheissen, andere dagegen abgelehnt werden. Wenn der Beschwerde formelle Mängel anhaften, kommt es, wie bereits oben ausgeführt worden ist, infolge Nichteintretens gar nicht zu einer materiellen Kognition.

b) Die Anzeige.

Die Anzeige ist an keine Frist und an keine Formvorschriften gebunden. Sie richtet sich an die Aufsichtsbehörde und macht geltend, es liege eine Rechtsverletzung durch die untere Instanz vor. Explicite oder implicite verlangt die Anzeige die Aufhebung des Erlasses eines Ge-

9) RBR 1915 129.

10) S. nachfolgend lit. b).

11) S. § 19 der Administrativprozessordnung (SRB 539 f.).

12) RBR 1909 218, 1915 125, 1921 222, 1931 259, 1934 20. Vgl aber auch das Eintreten trotz Fehlens des angefochtenen Beschlusses in den Fällen von RBR 1916 93 f. und 1930 31.

13) So RBR 1930 246, 1931 259, 1936 97, 1938 115. Dies im Gegensatz zur früheren regierungsrätlichen Praxis, welche beim Fehlen der Vollmacht zunächst eine Frist zur Beibringung derselben ansetzte und erst dann nach Nichteinhalten dieser Frist Nichteintreten aussprach. Während die strenge Auslegung von § 66 der Administrativprozessordnung, welcher die Beilegung des angefochtenen Erkenntnisses verlangt, noch angängig erscheinen mag, handelt es sich m. E. bei der Nichteintretenspraxis wegen verspäteter Einreichung der Vollmacht um einen überspitzten Formalismus. Die Vorteile der «geordneten Rechtspflege» und wie die ähnlichen Argumentierungen lauten mögen, wiegen die Nachteile der Beeinträchtigung des materiellen Rechtsschutzes in diesem Masse nicht auf. In diesem Sinne auch Inderbitzin 125.

14) S. Inderbitzin 137.

meindeorgans von Amtes wegen. Ein Einschreiten des Regierungsrates als Aufsichtsbehörde ist nur im Rahmen der Aufsichtskompetenzen [15]) zulässig. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich in einem bereits genehmigten Gemeindereglement gesetzeswidrige Bestimmungen befinden, welche versehentlich die regierungsrätliche Kontrolle anlässlich der Genehmigung schadlos passierten [16]), oder wenn ein Rechtssetzungsakt einer Gemeinde einen Verstoss gegen die gesetzlichen Vorschriften über die kommunale Finanz- und Vermögensverwaltung darstellt. Die Legitimation zur Anzeige ist grundsätzlich nicht beschränkt. Das Vorbringen von Beweismitteln ist nicht erforderlich. Es liegt im freien Entschluss des Regierungsrates, ob er auf eine gestellte Anzeige eintreten will oder nicht. Der angefochtene Gemeindeakt ist durch den Regierungsrat dann aufzuheben, wenn er kraft Aufsichtsrecht [17]) dazu gehalten ist.

c) Die Revision.

Die Revision ist ein Rechtsmittel, das sich gegen rechtskräftige Erkenntnisse richtet. Sie ist bei der Instanz anzubringen, welche den rechtskräftigen Entscheid erliess. Als direktes Rechtsmittel gegen kommunale Rechtserlasse kommt die Revision nicht in Frage. Dagegen ist es denkbar, dass ein Revisionsgesuch gestellt werden kann, nachdem ein Rekurs gegen einen Rechtssetzungsakt des Gemeinderates oder der Gemeindeversammlung abgewiesen wurde. Das Revisionsgesuch richtet sich in diesem Fall nicht direkt gegen den Kommunalerlass, sondern gegen den Ablehnungsbeschluss der Rekursbehörde.

Die Revisionsgründe sind in § 70 der Administrativprozessordnung abschliessend aufgezählt. Es muss der Nachweis entweder eines wesentlichen Irrtums der entscheidenden Behörde oder der Nachweis neuer Tatsachen erbracht werden, oder aber es muss aus der Wiederherstellungsklage hervorgehen, dass falsche Urkunden auf den ausgefällten Entscheid der Rekursbehörde einen Einfluss hatten. Praktisch wird die Stellung eines Revisionsgesuchs nach Ablehnung eines Rekurses gegen einen Kommunalerlass kaum oder nur sehr selten in Frage kommen [18]).

---

[15]) Die Oberaufsicht des Regierungsrates über die Gemeinden ist in folgenden Gesetzen und Verordnungen umschrieben: §§ 52 und 53 KV, Rechnungsgesetz vom 13. Februar 1906, Verordnung über den Kommunaluntersuch vom 31. März 1921, Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen vom 18. November 1933, die Genehmigungsklauseln in verschiedenen kantonalen Delegationserlassen (s. 8. Kapitel I), Geschäftsordnung des Regierungsrates vom 28. Januar 1904.

[16]) Ein solcher Präzedenzfall war Gegenstand für den RRB Nr. 2919 vom 28. Dezember 1942.

[17]) S. oben Anm. 15.

[18]) Die Möglichkeit der Revision wäre beispielsweise gegeben, wenn die Abweisung eines Rekurses gestützt auf einen unrichtigen oder einen gefälschten Protokollauszug der Gemeinde erfolgt wäre.

2. Rechtsbehelfe gegen individuell-konkret Anwendungen kommunaler Rechtsnormen.

Gegen konkrete Rechtsanwendungen der Gemeindeorgane sind im Prinzip die gleichen Rechtsbehelfe zulässig wie gegen den Erlass kommunaler Rechtssätze. Namentlich der Beschwerdeweg steht schlechthin gegen alle kommunalen Anordnungen, sowohl die generell-abstrakten als die individuell-konkreten, offen [19]). Als besonderer, von der Praxis zugelassener Rechtsbehelf, der unter Umständen die Aufhebung oder Abänderung einer behördlichen Verfügung, wohl kaum je aber eines kommunalen Rechtserlasses, zu bewirken vermag, ist neben den bereits oben genannten Rechtsbehelfen [20]) noch das Wiedererwägungsgesuch zu erwähnen, welches sich an die Instanz, welche die betreffende Verfügung erlassen hat, wendet und die Behörde ersucht, sich erneut mit der Sache zu befassen. Eine Pflicht der Behörde, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, besteht nicht. Die Einreichung eines Wiedererwägungsgesuchs ist nur dann angezeigt und erfolgversprechend, wenn die behördliche Verfügung von unrichtigen Voraussetzungen ausging, oder gegen klares Recht oder öffentliches Interesse verstösst [21]).

Eigentliche Rechtsmittel [22]) gegen die konkret-individuellen Anwendungen gültiger Kommunalerlasse gibt es nicht, ausser wenn eine Rechtsverletzung vorliegt.

II. Der Rechtsschutz zugunsten der Gemeinden gegen aufsichtsbehördliche Ueberschreitungen der Kontrollbefugnisse.

1. Der kantonale Rechtsschutz.

Ein allgemeines Rechtsmittel zum Schutz der Rechtssphäre der Gemeinden gegen Uebergriffe der Aufsichtsbehörde kennt das kantonale Recht nicht. Eine rechtliche Handhabe gegenüber oberaufsichtlichen Eingriffen lässt sich auch nicht ableiten aus § 11 KV in Verbindung mit § 40 KV, wonach jedermann das Recht hat, auf dem Wege der Petition Wünsche oder Beschwerden an den Kantonsrat, der die Verwaltungstätigkeit des Regierungsrates zu überwachen hat, zu bringen. Der Kantonsrat kann auf eine Petition hin wohl Kritik üben an der Art und Weise, wie der Regierungsrat seine Aufsichtsfunktion ausübt, er kann auch gewisse Direktiven für die Zukunft geben, bereits ge-

19) Vgl. auch Reinhardt 58 f.
20) S. oben Ziff. 1, a), b) und c).
21) Einzelheiten über das Wiedererwägungsgesuch s. bei Inderbitzin 142. Vgl. auch die dort aufgeführten Entscheide.
22) Eigentliche Rechtsmittel sind der Rekurs und die Revision, während die Anzeige und das Wiedererwägungsgesuch keine Rechtsmittel im strengen Wortsinn darstellen.

troffene Anordnungen kann er aber nicht abändern. Ein eigentliches kantonales Rechtsmittel zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung und Selbstgesetzgebung, wie es in verschiedenen andern Kantonen vorgesehen ist, kennt das schwyzerische Recht nicht [23]).

2. Der eidgenössische Rechtsschutz.

Auf eidgenössischem Boden steht die Anrufung des Bundesgerichtes mit dem staatsrechtlichen Rekurs nur dann in Frage, wenn ein in der kantonalen Verfassung garantiertes Recht der Gemeinden verletzt wurde [24]). Wie aber früher bereits mehrfach betont worden ist, handelt es sich bei den Rechtssetzungskompetenzen der Gemeinden im Kanton Schwyz nicht um verfassungsmässige autonome Rechte. Wo aber nur eine Verletzung von kantonalem Gesetzesrecht vorliegt, kann das Bundesgericht nicht angerufen werden, denn die Anwendung der kantonalen Gesetze steht ausschliesslich den kantonalen Behörden zu. Somit gibt es auch auf eidgenössischem Boden, abgesehen von der Willkürbeschwerde, kein allgemeines Rechtsmittel zugunsten der Gemeinden gegen Uebergriffe in die kommunale Rechtssetzungssphäre durch die staatliche Aufsichtsbehörde.

---

23) Anders Simon 114, der dem Kantonsrat in Petitionsfällen die Stellung einer Berufungsinstanz einräumen will, was allerdings mangels der erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen einen unzulässigen Verstoss gegen das Prinzip der Gewaltentrennung bedeuten würde. — In zahlreichen andern Kantonen besteht die Möglichkeit des Rekurses gegen regierungsrätliche Aufsichtsmassnahmen: Uri (KV 59), Obwalden (KV 34 lit. g), Nidwalden (KV 57 Ziff. 14), Solothurn (Gemeindegesetz § 92), Glarus (KV 52 Ziff 9), Appenzell A.-Rh. (KV 48 Ziff. 9), Graubünden (KV 20).

24) BGE 22 II 1011 ff., 51 I 143, 52 I 359.

Literaturverzeichnis

Aaron S.: Die Benutzungsgebühren der Gemeinden, 1913.

Bachmann B.: Das schweizerische Kurtaxenrecht, Diss. 1944.

Blodig H.: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff, 1894.

Blumenstein E.: Schweizerisches Steuerrecht, 1926.

Blumer J. J.: Die Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz und Unterwalden, 1850/1858.

Bohrer A.: Verordnung und Verfügung im Polizeirecht, Diss. 1922.

Bühler R.: Zürcherische Gemeindebauordnungen, Diss. 1932.

Bühler W.: Begriff und Formen der öffentlichrechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtlichem Institut, Diss. 1929.

Burckhardt W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931.

Cadotsch G.: Die Nichtigkeitsbeschwerde in der Verwaltungsrechtspflege der schweizerischen Kantone, Diss. 1916.

Camenzind A.: Die Genossame Gersau, Diss. 1944.

Camenzind J.: Das Verhältnis der äusseren Bezirke zum alten Land Schwyz, Diss. 1914.

Fleiner F.: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Neudruck für die Schweiz, 1939 (Zit. Fleiner).

Fleiner F.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923 (Zit. Fleiner, Bundesstaatsrecht).

Giacometti Z.: Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941.

Gierke O.: Deutsches Privatrecht, 1895.

Herrnritt R. H.: Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921.

Hirzel P.: Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden, Diss. 1923.

Hüsser P.: Geschichte der Unabhängigkeitsbestrebungen in Ausserschwyz, 1926.

Jäggi P.: Die solothurnische Bürgergemeinde, Diss. 1934.

Jellinek G.: Allgemeine Staatslehre, 1919. (Zit. Jellinek G., Staatslehre.)

Jellinek G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892. (Zit. Jellinek G., System.)

Imboden M.: Der nichtige Staatsakt, 1944.

Inderbitzin H.: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Schwyz, Diss. 1941.

Kelsen H.: Allgemeine Staatslehre, 1925. (Zit. Kelsen, Staatslehre.)

Kelsen H.: Reine Rechtslehre, 1934. (Zit. Kelsen, Rechtslehre.)

Laband P.: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Aufl. 1901.

Lampert U.: Das schweizerische Bundesstaatsrecht, 1918.

Lautenschlager H.:	Die Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörper, Diss. 1929.
Mayer O.:	Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924.
Meyer G.:	Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1885.
Meyer von Knonau G.:	Gemälde der Schweiz, 5. Heft, 1835.
Müller H. u. Fehr E.:	Das Baupolizeirecht in der Schweiz, 1913.
Oechsli W.:	Die Anfänge der Eidgenossenschaft, 1891.
Oswald W.:	Das Dilemma des säkularisierten Staates, 1944. (Zit. Oswald, Das Dilemma.)
Oswald W.:	Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, Fasc. 4 1943. (Zit. Oswald.)
Oswald W.:	Ideologie und Wirklichkeit in der demokratischen Staatstheorie. Sonderabdruck aus der Festgabe der Freiburger juristischen Fakultät zum Schweiz. Juristentag 1943. (Zit. Oswald, Ideologie.)
Peters H.:	Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, 1926.
Reichlin P.:	Schwyzer Rechtsbuch, 1937. (Zit. SRB.)
Reichlin P.:	Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz. Sonderabdruck aus dem Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 44, 1934, Nr. 11 und 12. (Zit. Reichlin.)
Reinhardt F.:	Die Gemeindeautonomie nach solothurnischem Recht, Diss. 1934.
Rosin H.:	Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in Hirth's Annalen des deutschen Reiches, 1883.
Rüegg:	Die Verordnung nach zürcherischem Staatsrecht, Diss. 1927.
Ruck E.:	Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1939.
Schädler B.:	Die Allmend-Korporationen im Bezirk Einsiedeln, Diss. 1945.
Schollenberger J.:	Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone, 1898/1900.
Schwander V.:	Das Veräusserungsverbot für das schwyzerische Genossenvermögen, in Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Band 59/1940.
Sidler R.:	Die schwyzerischen Bezirke als Verbandsherrschaften, Diss. 1926.
Simon E.:	Die Bezirke und Gemeinden als Selbstverwaltungskörper des Kantons Schwyz, Diss. 1941.
Steinauer D.:	Geschichte des Freistaates Schwyz, 1861.
Thoma R.:	Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1906.
Vogt A.:	Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden, Diss. 1922.
Walthard R.:	Die Gliederung der Gemeinden im schweizerischen Recht nach ihren Zwecken, Diss. 1924.
Wirth M.:	Allgemeine Beschreibung und Statistik der Schweiz, 1872.

Weitere Literatur ist im Text angegeben.
Bei der Zitation geben die römischen Zahlen den Band und die arabischen die Seitenzahl an.

Abkürzungen

BBl	=	Bundesblatt
BGE	=	Bundesgerichtsentscheid
BV	=	Bundesverfassung
EG	=	Einführungsgesetz
HbL	=	Historisch-biographisches Lexikon der Schweiz
KV	=	Kantonsverfassung
RBR	=	Rechenschaftsbericht des Regierungsrates
RRB	=	Regierungsratsbeschlus
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung
SRB	=	Schwyzer Rechtsbuch
Verwaltungskurse	=	Schweizer Verwaltungsschriften. Veröffentlichung der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen.
ZBl	=	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung. (Die erste Zahl gibt den Jahrgang, die zweite die Seite an.)
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Abschnitt

1. Kapitel: Der Dualismus in der schwyzerischen Selbstverwaltung 1

I. Die Geschichte der Bezirke 1

II. Die geschichtliche Entwicklung der Gemeinden 3

1) Allgemeines 3

2) Die Gemeindeorganisation in den einzelnen Bezirken vor 1848 4

a) In Schwyz
b) In der March
c) In der Höfe
d) In Einsiedeln
e) In Küssnacht
f) In Gersau

3) Die einheitliche Regelung des Gemeindewesens für das ganze Kantonsgebiet 6

4) Das Prinzip der Einheitsgemeinde 6

III. Die Stellung der Bezirke und Gemeinden zueinander 7

1) Die Verschiedenheit zwischen den Bezirken mit einer und denen mit mehreren Gemeinden 7

2) Das Verhältnis Gemeinde - Bezirk im Wandel der Zeit 8

a) Der Zustand vor 1848

b) Die einheitliche Regelung von 1848

aa) Die Stellung der Bezirke und Gemeinden in der kantonalen Verwaltungshierarchie bb) Die funktionelle Zuständigkeit der Gemeinden und Bezirke

c) Der Zustand seit 1876

aa) Die Verfassungsrevision von 1876 bb) Die Bezirke und Gemeinden als rechtlich gleichrangige Körperschaften cc) Der Aufgabenkreis der Gemeinden dd) Die Kompetenzzuständigkeit der Bezirke ee) Die voraussichtliche Entwicklung des Verhältnisses Bezirk - Gemeinde in der nächsten Zukunft ff) Argumente für und gegen den Weiterbestand der Bezirke als autonome Körperschaften

2. Kapitel: Theoretisches und Terminologisches 14

I. Gemeinde, Selbstverwaltung, Autonomie 14

1) Die Gemeinde 14

a) Die positivrechtlichen Bestimmungen über das Gemeindewesen
b) Begriff und Wesen der Gemeinde
c) Herkunft und Ursprung der obrigkeitlichen Gewalt der Gemeinden

2) Die Selbstverwaltung 18
a) Begriff und Wesen
b) Die schwyzerischen Selbstverwaltungskörper
c) Die Selbstverwaltung der Gemeinden und die staatliche Administrativ-Dezentralisation

3) Die Autonomie 20
a) Der Begriff der Autonomie in der allgemeinen Literatur
b) Das Wort Autonomie in der schwyzerischen Verwaltungssprache

4) Der eigene und der übertragene Wirkungskreis 22
a) Allgemeines
b) Die Unterscheidung der eigenen und delegierten Kompetenzen im Kanton Schwyz
c) Die kommunale Rechtssetzungstätigkeit als Funktion des übertragenen Wirkungskreises

II. Die Rechtssetzung 28

1) Definition 28

2) Die Abgrenzung des Rechtssetzungsbegriffes und damit zusammenhängende begriffliche Gegensätze 28
a) Rechtssetzung und Rechtsanwendung
b) Verordnung und Verfügung
aa) Die Unterscheidungsmerkmale bb) Grenzfälle cc) Ermächtigung und Erfordernisse zum Erlass von Verordnungen und Verfügungen
c) Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung

3) Die Rechtserlasse der Gemeinden in der Terminologie des positiven Rechts 37

II. Abschnitt

3. Kapitel: Die einzelnen Fälle der Rechtssetzung 39

I. Die Bauordnungen 39

1) Das Delegationsgesetz 39

2) Verschiedene Spezialpunkte 40
a) Baupolizeirecht und bauliches Nachbarrecht
aa) Die Unterscheidung zwischen Baupolizeirecht und baulichem Nachbarrecht im allgemeinen bb) Können die Gemeinden auch zivilrechtliche Baunormen erlassen?

b) Einzelanordnungen, die von den objektiven Baunormen abweichen

aa) Die Gewährung von Ausnahmebewilligungen
bb) Eigentumsbeschränkende Verfügungen, die über die dem Grundeigentümer obliegenden baupolizeilichen Normalpflichten hinausgehen

c) Baupolizeiliche Anordnungen und Entschädigungspflicht

d) Baupolizeirecht und Eisenbahnen

3) Vergleichendes 49

a) Die Verschiedenheit des Umfangs der baulichen Eigentumsbeschränkungen in den einzelnen Gemeinden

b) Das Baupolizeirecht im Kanton Schwyz verglichen mit der Regelung in andern Kantonen

II. Die Kanalisationsreglemente 51

III. Die Kehrichtabfuhrreglemnte 52

1) Die Art und Weise der Regelung der Kehrichtabfuhr 52

2) Verstösst die Monopolisierung der Kehrichtabfuhr gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit? 53

3) Die Kompetenz der Gemeinden zum Erlass rechtsverordnungsmässiger Kehrichtabfuhrreglemente 54

IV. Die Jaucheausfuhrverbote 55

V. Die Feuerlösch- und Windwachtreglemente 55

1) Der Delegationserlass 55

2) Die rechtssatzmässigen Normen der Feuerlöschreglemente 56

3) Die Feuerwehrersatzsteur 57

4) Die Regelung des Windwachtdienstes 59

VI. Die Verordnungen betr. das Friedhof- u. Begräbniswesen 59

VII. Die Verordnung betr. Handhabung der Ruhe in der Kirche und in der Nähe der Kirche während des Gottesdienstes 61

VIII. Die kommunalen Vorschriften betr. die Vergnügungssteuer 61

1) Rahmen und Umfang der Vorschriften über die Vergnügungssteuer 61

2) Ist die Erhebung der Vergnügungssteuer als Pauschalsteuer durch die Gemeinden zulässig? 62

3) Das Steuersubjekt 63

IX. Die Einführung der Handänderungssteuer 64

X. Die Kurtaxenreglemente 65

1) Die Delegationsnorm 65

2) Wesen und Rechtsnatur der Kurtaxe 66
a) Begriff und Wesen
b) Die Rechtsnatur
3) Bundesverfassungsmässige Schranken der Kurtaxen 70
a) Die Kurtaxen u. das Prinzip der Rechtsgleichheit
b) Kurtaxe und Doppelbesteuerung
4) Vergleichendes 71
a) Unterschiede zwischen den einzelnen Kommunalreglementen
b) Vergleiche mit andern Kantonen

4. Kapitel: Strafbestimmungen 73

III. Abschnitt

5. Kapitel: Das zuständige Organ 75
I. Gesetzlich geregelte Fälle 75
II. Die Fälle ohne spezielle gesetzliche Regelung 76

6. Kapitel: Das Verfahren: 76
I. Fälle mit vorgeschriebenem Verfahren 76
II. Fälle ohne vorgeschriebenes Verfahren 78
1) Rechtserlasse des Gemeinderates 78
2) Rechtserlasse der Gemeindeversammlung 78
a) Allgemeines
b) Die Ausarbeitung
c) Die Einberufung der Kirchgemeinde u. der Abstimmungsmodus
d) Die Veröffentlichung

7. Kapitel: Die Aufhebung und Abänderung von Rechtserlassen 80
I. Die Aufhebung 80
II. Die Abänderung 81

8. Kapitel: Die Genehmigung 81
I. Die Verordnung über die Genehmigung von Statuten und Reglementen 81
II. Rahmen und Umfang der aufsichtsbehördlichen Kontrolltätigkeit bei der Genehmigungserteilung 83
1) Die Rechtskontrolle 83
2) Die Ueberprüfung der Zweckmässigkeit 83

III. Die Wirkung der Genehmigung 85

IV. Das Verfahren bei der Genehmigung 88

9. Kapitel: Fehlerhafte Erlasse 89

I. Die Stufen der Ungültigkeit 89

II. Die Ungültigkeitsstufe bei den verschiedenen Mängeln 90

1) Die Unzuständigkeit 90

2) Verfahrensmängel 91

3) Die inhaltliche Rechtswidrigkeit 92

III. Der praktische Wert der Einteilung der fehlerhaften Erlasse in nichtige und anfechtbare 92

10. Kapitel: Der Rechtsschutz 93

I. Rechtsbehelfe gegen kommunale Rechtserlasse u. deren Anwendungen 93

1) Rechtsbehelfe gegen Rechtserlasse 93

a) Die Beschwerde

aa) Allgemeines bb) Die Legitimation cc) Die Beschwerdeinstanz dd) Die Beschwerdefrist ee) Das Verfahren ff) Die Kognition

b) Die Anzeige

c) Die Revision

2) Rechtsbehelfe gegen individuell-konkrete Anwendungen kommunaler Rechtsnormen 97

II. Der Rechtsschutz zugunsten der Gemeinden gegen aufsichtsbehördliche Ueberschreitungen der Kontrollbefugnisse 97

1) Der kantonale Rechtsschutz 97

2) Der eidgenössische Rechtsschutz 98

Literaturverzeichnis 99

Abkürzungen 101